

GÜNTER DEPPE

**Die Beweislast im Verwaltungsverfahren
und im Verwaltungsprozeß**

1961

Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
GÜNTER DEPPE
Referendar
aus Paderborn (Westf.)

1961

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Lukes
- Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Januar 1961



Fotodruck: Max Kramer, Münster/Westf., Aegidiistraße 23

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

	<u>Seite:</u>
<u>I. Teil</u> :	<u>Die Beweislast im Verwaltungsprozeß</u>
§ 1 :	1
<u>1. Abschnitt</u> :	<u>Vorhandensein einer Beweislast</u>
1. Kapitel :	4
§ 2 :	4
	Die subjektive und objektive Beweislast sowie die Behauptungslast im Zivilprozeß
2. Kapitel :	7
	Vereinbarkeit einer Behauptungs- und Beweis- last mit der Untersuchungsmaxime
§ 3 :	7
§ 4 :	8
§ 5 :	11
§ 6 :	13
	Die Bedeutung der Beweislast im Verwal- tungsprozeß
<u>2. Abschnitt</u> :	<u>Verteilung der objektiven Beweislast</u>
1. Kapitel :	15
§ 7 :	15
§ 8 :	18
	Pr. Verwaltungsstreitverfahren Die Beweislastverteilung in einzelnen Fällen Allgemeine Grundsätze zur Beweislastver- teilung
2. Kapitel :	18
	Der Grund der Beweislastverteilung im allgemeinen
§ 9 :	18
§ 10 :	20
§ 11 :	22
	Notwendigkeit einer Verteilung der Beweislast Beweislastverteilung und Rechtsanwendung Beweislastverteilung und Rechtsprinzip
3. Kapitel :	26
§ 12 :	26
§ 13 :	27
§ 14 :	32
	Das Prinzip der Beweislastverteilung Die Grundregel der Beweislastverteilung im Zivilprozeß Die Grundregel der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß Abweichende Auffassungen
4. Kapitel :	36
	Beweislastverteilung und Verschiedenheit der Rechtssätze

	<u>Seite:</u>
§ 15 :	Grenzen einer Einteilung der Verwaltungsrechtssätze in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtshemmende Rechtssätze 36
§ 16 :	Berechtigende Rechtssätze und Rechtssätze mit Gegenwirkung 43
5. Kapitel :	Beispiele 50
§ 17 :	Die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von berechtigenden Rechtssätzen durch Zivilpersonen 50
§ 18 :	Die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von Rechtssätzen mit Gegenwirkung durch Subjekte hoheitlicher Gewalt 59
§ 19 :	Die Beweislastverteilung bei der Berufung auf berechtigende Rechtssätze durch Subjekte hoheitlicher Gewalt sowie bei der Geltendmachung von Rechtssätzen mit Gegenwirkung durch Zivilpersonen 68
6. Kapitel :	Beweislastverteilung, unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen 73
§ 20 :	Beweislast und unbestimmte Gesetzesbegriffe 73
§ 21 :	Die Beweislastverteilung bei Ermessensentscheidungen 74
7. Kapitel :	Beweislastverteilung und Widerruf von Verwaltungsakten 76
§ 22 :	Grundlegung 76
§ 23 :	Beispiele 78
8. Kapitel :	Vermutungen 80
§ 24 :	Gesetzliche Tatsachenvermutungen im Verwaltungsprozeß 80
§ 25 :	Verwaltungsprozeß und sog. tatsächliche Vermutungen 84
§ 26 :	Gesetzliche Rechtsvermutungen im Verwaltungsprozeß 87
§ 27 :	Abgrenzung der Vermutungen i.e.S. von den Vermutungen i.w.S. 89
9. Kapitel :	Beweislast und Prozeßrecht 92
§ 28 :	Beweislastverteilung und Anfechtungsklage 92

		<u>Seite:</u>
§ 29	: Beweislast und Prozeßrechtssätze	102
§ 30	: Beweislast und Revision	103
<u>II. Teil</u>	: <u>Die Beweislast im Verwaltungsverfahren</u>	
<u>1. Abschnitt</u>	: <u>Vorhandensein einer Beweislast</u>	105
1. Kapitel	: Grundlegung	105
§ 31	: Der Begriff des Verwaltungsverfahrens	105
§ 32	: Verwaltungsverfahren und Rechtsanwendung	109
2. Kapitel	: Beweislast und Grundsätze des Verwaltungsverfahrens	112
§ 33	: Vorhandensein einer objektiven Beweislast im Verwaltungsverfahren	112
§ 34	: Die Verteilung der objektiven Beweislast	113
§ 35	: Verwaltungsverfahren und Beweisführungslast	115
<u>2. Abschnitt</u>	: <u>Beweislastverteilung und materielle Rechtslage</u>	117

Literaturverzeichnis

- ANTONIOLLI, Walter: Allgemeines Verwaltungsrecht,
Wien 1954
- ARNDT, Adolf: Das rechtliche Gehör
in: NJW 1959 S. 6 - 8
- BACHOF, Otto: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz
in: SJZ 1949 S. 378 - 395
(zitiert: BACHOF, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff
in: JZ 1955 S. 97 - 102
(zitiert: BACHOF, Beurteilungsspielraum)
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
in: JZ 1957 S. 374 - 380
(zitiert: BACHOF, Rechtsprechung)
- Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz.
Eine Untersuchung über Fehlentwicklungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (Heft 202/203), Tübingen 1957 S. 7 - 64
(zitiert: BACHOF, Wehrpflichtgesetz)
- BAUCH, Botho u.
DANCKELMANN, Bernhard: Kommentar zum Bundesleistungsgesetz,
Stuttgart 1959
- BAUMBACH, Adolf u.
LAUTERBACH, Wolfgang: Zivilprozeßordnung, 25. neubearbeitete
Aufl. München und Berlin 1958
- BECKER, Ingeborg,
HUBER, Harald u.
KÜSTER, Otto: Bundesentschädigungsgesetz unter Mitarbeit
von Martin KLÜCKMANN,
Berlin und Frankfurt a. M. 1955
- BENDER, Bernd: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Aufl.
Freiburg i. B. 1956

- BERNER, D.: Drei Abhandlungen zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren
in: VwArch. Bd. 31 (1926) S. 428 - 459
(zitiert: BERNER, Abhandlungen)
- BETTERMANN, Karl Aug.: Das Verwaltungsverfahren
in: VVDStRL Heft 17 S. 118 - 182
(zitiert: BETTERMANN, Verwaltungsverfahren)
- Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage
in: DVBl. 1953 S. 163 - 168
(zitiert: BETTERMANN, Streitgegenstand)
- Verwaltungsakt und Richterspruch
in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955 S. 361 - 389
(zitiert: BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch)
- Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß
in: DVBl. 1957 S. 84 - 85
(zitiert: BETTERMANN, Beweislast)
- BLESSIN, Georg, Bundesentschädigungsgesetz, 2. völlig neugestaltete Aufl. München und Berlin 1957
WILDEN, Hans u. (zitiert: BLESSIN., BEG)
- EHRIG, Hans-Georg:
- BRAUCHITSCH, M. von: Verwaltungsgesetze für Preußen, I. Bd., 24. Aufl. Berlin 1930, II. Bd. 2. Halbband, 22. Aufl. Berlin 1932
- DAHLINGER, Erich: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
in: NJW 1957 S. 7 - 9
(zitiert: DAHLINGER, Beweislast)
- Schlußwort
in: NJW 1957 S. 620
- DREWS, Bill: Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl. völlig neu bearbeitet von Gerhard WACKE, Berlin und Köln 1957
(zitiert: DREWS-WACKE, Polizeirecht)

- ENGELHARD: Anfechtungsklage - Vornahmeklage
in: NJW 1956 S.1377 - 1379
- ENNECCERUS, Ludwig,
KIPP, Theodor u.
WOLFF, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band I,
14. Aufl. bearbeitet von H.C. NIPPERDEY,
Halbband 1 Tübingen 1952, Halbband 2
Tübingen 1955
(zitiert: ENNECCERUS-NIPPERDEY I. Bd.)
- ENNECCERUS, Ludwig,
KIPP, Theodor;
WOLFF, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band II,
13. Bearbeitung v. Heinrich LEHMANN,
Tübingen 1950
(zitiert: ENNECCERUS-LEHMANN II. Bd.)
- ESSER, Josef: Einführung in die Grundbegriffe des Rechts
und Staates, Wien 1949
(zitiert: ESSER, Grundbegriffe)
- EYERMANN, Erich u.
FRÖHLER, Ludwig: Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz
für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-
Baden, München und Berlin 1950
(zitiert: EYERMANN-FRÖHLER, VGG)
- FEEDER: Die Beweislast im Verwaltungsrechte
in: Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht
66. Bd. (1931) S.297 - 351
(zitiert: FEEDER, Beweislast)
- FELLNER, Michael: Zur Regelung des Verwaltungsverfahren in
den Ländern
in: VwArch. 48 (1957) S. 95 - 111
- FITTING, Hermann: Die Grundlagen der Beweislast
in: ZZP Bd.13 (1889) S.1 - 79
(zitiert: FITTING, Grundlagen)
- FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts,
9. neubearbeitete Aufl. Tübingen 1928
(zitiert: FLEINER, Institutionen)
- FÖRSTER, A.: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich,
3. vollständig neubearbeitete Aufl. von Richard
KANN, I. Bd. Berlin 1913, II. Bd. Berlin 1926
(zitiert: FÖRSTER-KANN, ZPO)

- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, 7. Aufl. München und Berlin 1958
(zitiert: FORSTHOFF, Lehrbuch)
- FRANZEN, Wilhelm: Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Greifswald 1932
(zitiert: FRANZEN, PVG)
- FRIEDRICHS, Karl: Das Landesverwaltungsgesetz, 2. Aufl. Berlin 1910
(zitiert: FRIEDRICHS, LVG)
- Verwaltungspflege, I. Bd. Berlin 1920
- Der Allgemeine Teil des Rechts, Berlin und Leipzig 1927
- Streitverfahren, Berlin 1929
- Polizeiverwaltungsgesetz, 2. Aufl. Berlin 1932
(zitiert: FRIEDRICHS, PVG)
- GROß, Werner: Betrachtungen, in: DVBl. 1956, 366 - 368
- GELLRICH, Lothar: Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren
in: JR 1955 S. 175 - 176
(zitiert: GELLRICH, Beweislast)
- GLASER, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. I Leipzig 1883
- HANS, Heinrich: Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, 2. neubearbeitete Aufl. Münster 1958
(zitiert: HANS, WohnrBewG)
- HARTUNG, Hans: Die Beweislast im Steuerverfahren
in: NJW 1959 S. 1900 - 1903
(zitiert: HARTUNG, Beweislast)
- HATSCHEK, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl. herausgegeben von Paul KURTZIG, Leipzig 1931
(zitiert: HATSCHEK-KURTZIG, Lehrbuch)
- HAUEISEN: Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte
in: NJW 1955 S. 1457 - 1461

- Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster
v. 1. 7. 1958
in: NJW 1958 S. 2036
- HEDEMANN, Justus
Wilhelm: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen
Reiches, Jena 1904
(zitiert: HEDEMANN, Vermutung)
- HEINE: Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungs-
streitverfahren und im Verfahren nach der
Reichsversicherungsordnung
in: VwArch. 26 (1918) S. 431 - 465
(zitiert: HEINE, Untersuchungsmaxime)
- HELD, Kurt: Der autonome Verwaltungsstil der Länder und
das Bundesratsveto nach Art. 84 Abs. 1 des
Grundgesetzes
in: AöR 80 (1955/56) S. 50 - 80
- HELLWIG, Konrad: System des Deutschen Zivilprozeßrechts,
Leipzig I 1912, II von Paul OERTMANN 1919
(zitiert: HELLWIG, System)
- HERRNRITT, Rudolf: Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932
- HOFFMANN, Heinrich: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
in: DVBl. 1957 S. 603 - 607
(zitiert: HOFFMANN, Beweislast)
- HUBER, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Band I
Tübingen 1953; Band II Tübingen 1954
(zitiert: HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht
I, II)
- HUFNAGL, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der ameri-
kanischen und britischen Zone,
Berlin und München 1950
(zitiert: HUFNAGL, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- VAN HUSEN, Paulus: Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Stuttgart 1948
(zitiert: VAN HUSEN, Verwaltungsgerichtsbar-
keit)

- JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931; unveränderter Neudruck Offenburg 1948 nebst Nachtrag 1950
(zitiert: W. JELLINEK, Verwaltungsrecht)
- Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip der Polizei
in: PrVB1. 46 (1925) S. 490
- JESCH, Dietrich: Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956
- JUNG, Hans: Probleme des Widerrufsvorbehalts
in: DVBl. 1957, S. 708 - 711
- KEIDEL, Fritz u.
KEIDEL, Theodor: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl.
München und Berlin 1959
(zitiert: KEIDEL, FGG)
- KLINGER, Hans: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone,
3. Aufl. Göttingen 1955
(zitiert: KLINGER, VGVO)
- KNIESCH, Joachim: Zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren
in: MDR 1954, S. 452 - 454
(zitiert: KNIESCH, Beweislast)
- KOTTENBERG, Kurt: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 5. neu durchgeseh. und erweiterte Aufl. Siegburg 1956
(zitiert: KOTTENBERG, Gemeindeordnung)
- KÖTTGEN, Arnold: Dasungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung
in: DÖV 1952, S. 422 - 425
- KRATZER, Jakob: Zum Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung
in: BayBm 1953, S. 78 - 79
- KRAUTHAUSEN, Udo: Tatsachenerhebung und Beratung in der deutschen öffentlichen Verwaltung
in: DVBl. 1958 S. 729 - 733
(zitiert: KRAUTHAUSEN, Tatsachenerhebung)

- KRÜGER, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung in; Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf SMEND zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952, S.211 - 241
- Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik in; DÖV 1956 S.550 - 555
(zitiert: KRÜGER, Gesetzgebungstechnik)
- Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wasser-gesetzgebung, Heft 3 der Schriftenreihe: Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft, herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft zur Förderung der Industriewasserwirtschaft im Bundesverband der deutschen Industrie, Köln 1957
(zitiert: KRÜGER, Grundfragen)
- "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt" in; DÖV 1958 S. 673 - 678
(zitiert: KRÜGER, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
- LAFORET, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937
(zitiert: LAFORET, Verwaltungsrecht)
- LEONARD, Franz: Die Beweislast, 2. Aufl. Berlin 1926
(zitiert: LEONARD, Beweislast)
- MANG, Johann: Verwaltungsrecht in Bayern, Bd. I München 1952
(zitiert: MANG, Verwaltungsrecht)
- MANGOLDT, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. neu bearbeitet von Friedrich KLEIN, Berlin und Frankfurt 1957
(zitiert: MANGOLDT-KLEIN, Komm.)
- MAYER, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. München 1924
(zitiert: MAYER, Verwaltungsrecht)
- MEISS: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953
(zitiert: MEISS, Abgrenzung)

- MELICHAR, Erich: Das Verwaltungsverfahren
in: VVDStRL Heft 17 S.183 - 212
- MELLWITZ, Artur: Sozialgerichtsgesetz, München und Berlin 1956
- MENGER, Christian Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
(zitiert: MENGER, System)
- Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
in: VwArch. 49 (1958) S.281 - 285
(zitiert: MENGER, Rechtsprechung)
- MERKL, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927
- MICHEL, Elmar: Das Gaststättengesetz, 4. neubearbeitete Aufl. Köln und Berlin 1952
- MÜLLER, Hans Werner: Beweiserhebung im Verwaltungsstreitverfahren
in: NJW 1959 S.21 - 23
(zitiert: MÜLLER, Beweiserhebung)
- MÜLLER-HEIDELBERG, K., CLAUSS, H. W.: Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Aufl. Hannover 1956
(zitiert: MÜLLER-HEIDELBERG, SOG)
- NEVERLA, Rudolf: Nochmals: Die Beweislast im Verwaltungsprozeß
in: NJW 1957 S.619 - 620
(zitiert: NEVERLA, Beweislast)
- NIKISCH, Arthur: Zivilprozeßrecht, 2. ergänzte Auflage Tübingen 1952
(zitiert: NIKISCH, Zivilprozeßrecht)
- OELKER, Wilhelm: Bauaufsichtsrecht, Berlin und Köln 1954
- PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949
(zitiert: PETERS, Lehrbuch)
- PLÓSZ, Alexander: Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozeßrecht, Berlin 1917

- REUß, Hermann: Das Verwaltungsstreitverfahren - nach dem Recht Preußens -, Leipzig 1937, Schriftenreihe der JW 1937 S. 7 - 54
(zitiert: REUß, Verwaltungsstreitverfahren)
- Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet
in: DÖV 1958 S. 656 - 659
- RIETDORF, Fritz: Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz - Stuttgart, München und Hannover 1957
(zitiert: RIETDORF, OBG)
- RINGHOFER, Kurt: Der Verwaltungsgerichtshof, Graz - Wien - Köln 1955
- ROHMER, Gustav: Kommentar zum Gaststättengesetz auf der Grundlage des Landmann-Rohmer'schen Kommentars zur Gewerbeordnung, 2. Aufl. neubearbeitet von Erich EYERMANN, München und Berlin 1952
- ROSENBERG, Leo: Die Beweislast, 4. Aufl. München und Berlin 1956
(zitiert: ROSENBERG, Beweislast)
- Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. München und Berlin 1956
(zitiert: ROSENBERG, Lehrbuch)
- ROTBURG, Hans Eberhard: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt a. M. 1958
- RUCKRIEGEL, Werner: Beweislast und Beweislastverteilung im Verwaltungsverfahren
in: DÖV 1958 S. 531 - 536
(zitiert: RUCKRIEGEL, Beweislast)
- VAN DE SANDT, Theodor: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Münster 1949
(zitiert: VAN DE SANDT, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- SAUER, Wilhelm: Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin, Detmold, Köln und München 1951

- SCHEUNER, Ulrich: Anm. zum Urteil des BVwG v. 3.10.1958
in: DÖV 1959 S. 264 - 266
- SCHÖNKE, Adolf: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl.
neu bearbeitet von Horst SCHRÖDER und
Werner NIESE, Karlsruhe 1956
(zitiert: SCHÖNKE, Zivilprozeßrecht)
- SCHULTZENSTEIN, Max: Verjährung sowie Fristen und Verwaltungs-
streitverfahren
in: VwArch. 17 (1909) S. 1 - 42
(zitiert: SCHULTZENSTEIN, Verjährung)
- Die Untersuchungs- und die Verhandlungs-
maxime in Vergleichung nach den einzelnen
Prozeßarten
in: ZZP 43 (1913) S. 301 - 347
(zitiert: SCHULTZENSTEIN, Verhandlungs-
maxime)
- Zur Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen
und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren
in: JW 1917 S. 257 - 259, 327 - 328, 433 - 436
(zitiert: SCHULTZENSTEIN, Beweislast)
- SCHUNCK, Egon u.
DE CLERCK, Hans: Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichts-
barkeit für Rheinland-Pfalz, Siegburg und
St. Goar 1952
(zitiert: SCHUNCK-DE CLERCK, Rheinl. -Pfalz)
- Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht
Siegburg 1953
- SENGER, Richard u.
KURZMANN, Hugo: Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz,
Köln 1957
(zitiert: SENGER-KURZMANN, OBG)
- SEUFFERT, Lothar von: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. völlig
neu bearbeitete Aufl. von Hans WALSMANN,
I. Bd. München 1932, II. Bd. München 1933
(zitiert: SEUFFERT-WALSMANN, ZPO)
- STAAB, Lothar: Beweislast und Verwaltungsprozeß
in: bayVwBl. 1959 S. 83 - 84
(zitiert: STAAB, Beweislast)

- STEIN-JONAS-SCHÖNKE:** Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Ludwig GAUPP, fortgeführt von Friedrich STEIN und Martin JONAS, 18. Aufl. bearbeitet von Adolf SCHÖNKE, fortgeführt von Rudolf POHLE, I. Bd. Tübingen 1953, II. Bd. Tübingen 1956
(zitiert: STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO)
- STRABMANN, Walter,**
RÖSLER, Josef und
KRÜSNER, Helmut: Bundesvertriebenengesetz, 2. neubearbeitete Aufl. München und Berlin 1958
(zitiert: STRABMANN, BVertrG)
- SURÉN, Friedr. -Karl:** Gemeindeabgabenrecht der ehemals preußischen Gebiete, Berlin 1950 und 1957
(zitiert: SUREN, Gemeindeabgabenrecht)
- SYDOW-BUSCH:** Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, begonnen von R. SYDOW, weiterbearbeitet von L. BUSCH, fortgeführt von Walter KRAUTZ und Franz TRIEBEL, 22. Aufl. Berlin 1941
(zitiert: SYDOW-BUSCH, ZPO)
- TIETGEN, Walter:** Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956
in: DVBl. 1956 S. 683 - 685
- Anm. zum Urteil des BVwG v. 3. 10. 1958
in: DVBl. 1959 S. 591 - 593
- Anm. zum Urteil des BVwG v. 24. 7. 1959
in: DVBl. 1959 S. 707 - 708
- Schlußwort
in: DVBl. 1957 S. 86 - 88
- TUHR, Andreas von:** Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 4. unveränderte Aufl. Berlin 1932
- TUREGG, Kurt Egon von:** Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Berlin 1956
(zitiert: TUREGG, Lehrbuch)
- ULE, C. H.:** Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Berlin und Köln 1952

- ULE, C.H.: Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß
in: DVBl. 1954 S. 137 - 147
(zitiert: ULE, Verhältnis)
- Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht
in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955 S. 309 - 330
(zitiert: ULÉ, Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe)
- Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit
in: DVBl. 1957 S. 597 - 603
- Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht
in: DVBl. 1959 S. 537 - 545
(zitiert: ULE, Verwaltungsprozeßrecht)
- WACH, Adolf: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche
in: ZZP 29 (1901) S. 359 - 393
(zitiert: WACH, Beweislast)
- WACKE, Gerhard: Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage
in: AöR Bd. 79 S. 158 - 184
- WEISMANN, Jakob: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechtes, Bd. I Stuttgart 1903
(zitiert: WEISMANN, Lehrbuch)
- WERDER, Otto von, LABS, Walter und ORTMANN, Peter Paul: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Kommentar zur Verordnung 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Oldenburg 1949
(zitiert: v. WERDER-LABS-ORTMANN, VO 165)
- WESKOTT, Joachim: Die besondere Zwangslage des § 3 BVertrG bei Ehegatten
in: DÖV 1957 S. 902 - 904

thürLVO	(thüringische) Landesverwaltungsordnung i.d.F. v. 26. November 1945 (GS 53)
VGVO	Verordnung Nr.165 der Militärregierung - britisches Kontrollgebiet - über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (Amtsbl. der MilReg. 1948 Nr.24 S.799)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924)(zitiert nach Heft und Seite)
WGÖDG	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung national-sozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes v. 11. Mai 1951 (BGBl.I S.291) i.d.F. der Anlage zu dem Gesetz v. 23. Dezember 1955 (BGBl. IS. 820)
wüEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931, ErgBd. 1936

1. Teil : Die Beweislast im Verwaltungsprozeß

§ 1: Einleitung

Wie in jedem Prozeß, so besteht auch im Verwaltungsprozeß die Aufgabe des Richters darin, abstrakt gefaßte Rechtssätze auf einen konkreten Lebenssachverhalt anzuwenden. In den Rechtssätzen des objektiven Rechts wird je ein abstrakt und allgemein gehaltener hypothetischer Tatbestand vorausgesetzt, unter den der Richter ein tatsächliches Geschehnis oder einen Geschehensablauf subsumiert und damit ausspricht, daß die an die Verwirklichung des Tatbestandes geknüpfte Rechtsfolge eingetreten sei.

Bei der Anwendung eines Rechtssatzes lassen sich also drei Gruppen von Erkenntnisakten unterscheiden, nämlich

- a) die Feststellung des Lebenssachverhalts unter dem Gesichtspunkt, ob und welche Tatbestandsmerkmale von Rechtssätzen erfüllt sind,
- b) die Feststellung des Inhalts der für die Anwendung in Frage kommenden Rechtssätze (z.B. durch Auslegung) und
- c) die Feststellung der Rechtsfolge, die sich aus der Subsumtion des ermittelten Sachverhaltes unter den ermittelten Rechtssatz ergibt ¹⁾.

Wegen der Unzulänglichkeit unserer Erkenntnismittel kann es aber in jedem Prozeß, also auch im Verwaltungsprozeß, dazu kommen, daß eine entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptung nicht zur richterlichen Gewißheit gelangt, d.h. nicht einen so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht, daß er praktisch nach der Lebenserfahrung der Gewißheit gleichkommt ²⁾.

Dieser Fall kann eintreten, gleichgültig, ob die Beschaffung des Tatsachenstoffes und der Beweismittel Sache der Parteien oder des Gerichts ist, ob es sich also beispielsweise um einen Zivilprozeß, in dem weitgehend die Parteien um die Beschaffung des Urteilsstoffes bemüht sind, oder um einen Prozeß handelt, in dem das Gericht von Amts wegen die zur Ent-

1) Vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht I § 28 III a.

2) So BERNER in Verwaltungsgesetze für Preußen I. Bd. S. 123, KLINGER, VGVO S. 436, Anm. E zu § 73; für den Zivilprozeß: RGZ 155, 40, BGHZ v. 14. 7. 1952 = E 7, 116 ff. (119), BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anm. 2 B, C zu § 286.

scheidung erforderlichen tatsächlichen Umstände aufzuklären hat.

Der Fall, daß eine entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptung nicht zur richterlichen Gewißheit gelangt, wird häufig nur in einem Verfahren auftauchen, das die Beschaffung des Tatsachenstoffes überhaupt zum Gegenstand hat.

Wenn ein Gericht, wie z.B. der österreichische Verwaltungsgerichtshof 1), den angefochtenen Bescheid "auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes" 2) zu überprüfen hat, so ist damit die Beweiswürdigung der belangten Behörde der Kontrolle des Gerichts entzogen 3). Für Beweislastfragen wird nur noch selten Raum sein, weil die belangte Behörde in aller Regel dem Gericht einen Sachverhalt vorlegt, der von ihr als feststehend angenommen wird.

Eine solche Regelung ist jedoch dem deutschen Verwaltungsprozeß fremd 4). Die Verwaltungsgerichte der Tatsacheninstanzen haben den ihnen unterbreiteten Rechtsstreit auch nach der tatsächlichen Seite hin zu beurteilen 5). Hierbei sind tatsächliche Behauptungen eines Subjektes hoheitlicher Gewalt, das Prozeßpartei ist, bei gegebenem Anlaß nicht ohne weiteres als wahr zu unterstellen, sondern ebenfalls der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht unterworfen. Schon das pr OVG hat sich in seiner Entscheidung vom 7. 4. 1891 6) nicht dafür ausgesprochen, "daß eine Behörde als solche des Beweises der von ihr aufgestellten wesentlichen und bestrittenen Behauptungen überhoben wäre." Als schlichter Prozeßpartei kommt ihr ein Vorsprung im "Evidentmachen des Sachverhalts" nicht zu 7). Inwieweit ihre Glaubwürdigkeit bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wird, ist eine andere Frage. Der Fall, daß eine Unklarheit hinsichtlich behaupteter und entscheidungserheblicher tatsächlicher Vorgänge besteht, kann demnach ohne weiteres auch im Verwaltungsprozeß eintreten, wie durch die Erfahrung bestätigt wird.

Es sind also auch im Verwaltungsprozeß hinsichtlich der tatsächlichen Seite des zur Entscheidung stehenden Prozeßstoffes drei Möglichkeiten denkbar, nämlich

1) Vgl. Kundmachung der Bundesregierung v. 6. 5. 1952 (BGBl. Nr. 96).

2) § 41 I Verwaltungsgerichtshofgesetz.

3) So RINGHOFER, Verwaltungsgerichtshof S. 213.

4) Zu der Frage, inwieweit vor 1945 die Verwaltungsgerichte in Deutschland befugt waren, tatsächliche Fragen zu beurteilen, s. W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 317.

5) Z.B. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I b.

6) Bd. 21, S. 80 ff. (87).

7) TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956, DVBl. 1956, S. 685.

- a) die tatsächlichen Voraussetzungen eines entscheidungserheblichen Rechts-satzes stehen fest,
- b) die Voraussetzungen liegen nicht vor und
- c) es steht nicht fest, ob die entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen oder nicht.

Während der Richter in den Fällen a) und b) seine zu treffende Entscheidung unmittelbar aus Gesetz und Recht entnehmen kann, bleibt zweifelhaft, wie er im Falle c) zu entscheiden hat.

Daß er überhaupt eine Entscheidung zu treffen hat, kann nicht zweifelhaft sein ¹⁾. Denn der Richter darf nie wegen einer Zweifelhaftigkeit in der Tatfrage zu einem "non liquet in der Rechtsfrage" kommen ²⁾. Wie für den Zivilprozeß gilt dies auch für den Verwaltungsprozeß, "wenn der Richter gezwungen sein soll, ein Urteil zu fällen" ³⁾.

Es muß also Regeln geben, die antworten auf die Frage, wie der Richter in einem solchen Falle zu entscheiden hat. Sie ermöglichen eine Entscheidung auch dann, wenn Ungewißheit über das Vorliegen einer rechtserheblichen Tatsache besteht, indem sie den Richter anweisen, welche Entscheidung er zu treffen hat.

Bezeichnet man diese Regeln als Beweislastregeln und die Frage, wen der Nachteil der Unbewiesenheit einer rechtserheblichen Tatsachenbehauptung trifft, als die Frage nach der Beweislast, so wäre damit bereits entschieden, daß es auch im Verwaltungsprozeß eine Beweislast gibt.

Die Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsprozeß setzt demnach zunächst eine eindeutige Bestimmung des Begriffs der Beweislast voraus, zumal im Bereich des Zivilprozesses der Begriff der Beweislast vielfach im Sinne einer Last oder Pflicht der Prozeßparteien aufgefaßt wird.

1) Unrichtig HUFNAGL, VGG S.262: "Nur auf Grund eines einwandfrei festgestellten Sachverhalts kann das Verwaltungsgericht seine eigentliche Aufgabe, die Lösung der strittigen Rechtsfrage, erfüllen."

2) ROSENBERG, Beweislast S.2.

3) W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S.312.

1. Abschnitt : Vorhandensein einer Beweislast

1. Kapitel : Begriffe

§ 2: Die subjektive und objektive Beweislast sowie die Behauptungslast des Zivilprozesses

Eine Legaldefinition des Begriffes der Beweislast fehlt. Zu Mißverständnissen führte insbesondere immer wieder der Umstand, daß bei dem Beweislastbegriff zwei klar zu scheidende Seiten, man kann auch sagen zwei Begriffe, unterschieden werden müssen, nämlich die objektive und die subjektive Beweislast ¹⁾.

Die objektive Beweislast "bestimmt die Folgen der Ungewißheit eines Tatumstandes, gleichgültig, ob sich die eine oder die andere oder beide Parteien oder das Gericht um seine Feststellung bemüht haben" ²⁾, während die subjektive Beweislast die einer Partei obliegende Last ³⁾ bedeutet, "bei Meidung des Proueßverlustes durch eigene Tätigkeit den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen" ⁴⁾.

Die Unterscheidung nach subjektiver und objektiver Beweislast war und ist für den Zivilprozeß nicht unbestritten ^{5) 6)}. Insbesondere ist der

1) So vor allem ROSENBERG, Beweislast S. 16.

2) ROSENBERG, Beweislast S. 24.

3) Nicht Pflicht oder Recht; vgl. hierzu ROSENBERG, Beweislast S. 56; die subjektive Beweislast ist auch nach Ansicht Rosenbergs mehr als eine bloße praktische Schlußfolgerung aus der drohenden Gefahr des Prozeßverlustes; die Partei, die ihr nicht nachkommt, hat bereits wegen der Nichterfüllung der Beweisführungslast gesetzliche Folgen zu erwarten, insbesondere als beweisfällig abgewiesen zu werden, vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 21/22.

4) ROSENBERG, Beweislast S. 16, in Anlehnung an Rosenberg WIECZOREK, ZPO Anm. A II c, d zu § 282.

5) Die Mehrzahl der Schriftsteller läßt nur den einen oder anderen (subj. oder obj.) Begriff gelten, vgl. auch für die ältere Literatur des Zivilprozesses die umfassenden Nachweise bei ROSENBERG, Beweislast S. 18 Note 1, 2, S. 19 Note 6, S. 20 Note 1, 2, S. 21 Note 2.

6) Lediglich um terminologische Unterschiede handelt es sich, wenn von formeller und materieller Beweislast gesprochen wird, so vornehmlich in der Literatur des Strafprozesses, z. B. bei Julius GLASER, Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883 I S. 364 f., der nach Ansicht Rosenbergs (Beweislast S. 18) als erster der Sache nach die Unterscheidung in subj. und obj. Beweislast einführt; Rosenberg selbst spricht von der Beweisführungslast und der Feststellungslast (Beweislast S. 16); von der "Beweisführungspflicht" spricht auch RG 128, S. 124.

Begriff der subjektiven Beweislast überwiegend als der einzige Beweislastbegriff angesehen worden ¹⁾. So definieren noch heute Baumbach-Lauterbach: "Beweislast ... ist die nur im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes (Verh. Maxime) ... denkbare Aufgabe einer Partei, die Tatsachen notfalls zu beweisen, die sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen will" ²⁾ und sehen Stein-Jonas-Schönke ³⁾ ebenfalls die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes als Voraussetzung für das Vorhandensein einer Beweislast im "technischen Sinne der Prozeßordnung und des BGB" an ⁴⁾.

Die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Beweislast in der oben angegebenen Weise wird jedoch nicht bestritten werden können.

Eine andere Frage ist, ob sich die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Beweislast für den Zivilprozeß anhand gesetzlicher Vorschriften nachweisen läßt. Dieser Nachweis ist m.E. Rosenberg, dem die Präzisierung und Ausformung der Begriffe der subjektiven und objektiven Beweislast zu verdanken ist, in hervorragender Weise gelungen. Rosenberg ⁵⁾ sieht für den Bereich des Zivilprozesses eine gesetzliche Anerkennung der subjektiven Beweislast in der Vorschrift des § 139 ZPO, wonach der Vorsitzende die Pflicht hat, auf die Ergänzung ungenügender Angaben der geltend gemachten Tatsachen und die Angabe der Beweismittel hinzuwirken sowie in der Vorschrift des § 335 Ziff. 1 ZPO, wonach das Gericht von der anwesenden Partei Nachweisungen wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes erfordern muß. Ferner in den §§ 595, 597 II ZPO, die fordern, daß im Urkundenprozeß der Kläger sämtliche zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen durch Urkunden zu beweisen in der Lage sein muß, in den Vorschriften der §§ 445 und 230 ZPO sowie in dem anerkannten ⁶⁾ Grundsatz, daß der Richter im Zivilprozeß einen Beweis nicht erheben darf, wenn die Partei, welche die Beweislast für eine Behauptung

1) ROSENBERG, Beweislast S. 19 führt dies auf die historische Entwicklung zurück; im gemeinrechtlichen Prozeß wurde im Beweisinterlokut das Beweisthema und die Beweislast in Form einer Auflage an die beweispflichtige Partei festgelegt.

2) BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anh. 1 A zu § 282.

3) ZPO Anm. IV 2 zu § 282.

4) STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. IV 1 zu § 282 sehen im übrigen keinen Anlaß "zwischen einer objektiven Beweislast und einer subjektiven Beweisführungslast zu unterscheiden".

5) Beweislast, S. 21-23.

6) Z. B. FÖRSTER-KANN, ZPO Anm. 4a zu § 282, SEUFFERT-WALSMANN, ZPO Anm. 3 Abs. 3 zu §§ 282, 283.

tung trägt, keinen Beweis angetreten hat und lediglich die Gegenpartei sich zum Nachweis der Unrichtigkeit der Behauptung erboten hat.

Außer in diesen Bestimmungen liegt m.E. eine Anerkennung einer subjektiven Beweislast noch darin, daß § 283 II ZPO den Ausschluß von nachträglich vorgebrachten Beweismitteln unter den Voraussetzungen der §§ 279, 279a ZPO und die Auferlegung der durch die Verzögerung entstandenen Kosten unter den Voraussetzungen des § 278 II ZPO vorsieht 1) 2).

Demnach ist im Bereich des Zivilprozesses zwischen einer objektiven und einer subjektiven Beweislast zu unterscheiden.

In engem Zusammenhang mit der subjektiven Beweislast steht die Behauptungslast 3) - auch Erklärungslast 4) genannt - welche die Folge davon ist, daß das Gericht wegen der Verhandlungsmaxime 5) "Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, nicht berücksichtigen" darf 6) 7).

- 1) Rosenberg kann jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als er eine subjektive Beweislast auch in der Bestimmung des § 130 Ziff. 3, 5 ZPO anerkennt sehen will. Denn ähnliche Bestimmungen finden sich auch in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder, unter deren Geltung Rosenberg selbst nur das Vorhandensein einer objektiven Beweislast anerkennt (Beweislast S. 41 Note 5). So "sollen" gemäß § 54 I S. 2 VGVO, § 44 S. 2 VGG die zur Begründung der Klageschrift dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden - eine Regelung, die der Vorschrift des § 130 Ziff. 3, 5 ZPO, die nicht nur für die vorbereitenden Schriftsätze, sondern gemäß § 253 IV auch für die Klagschrift gilt, entspricht.
- 2) Ebensowenig kann RUCKRIEGEL, Beweislast S. 532 Note 6 gefolgt werden, wonach in § 54 I S. 2 VGVO (§ 44 S. 2 VGG) "konsequenterweise" die Verpflichtung zum Beweisantritt lediglich in eine Sollvorschrift gefaßt sei: einmal handelt es sich auch bei § 130 ZPO um eine Sollvorschrift, ohne daß daraus das Fehlen einer subjektiven Beweislast im Zivilprozeß folgt, und zum anderen stellt § 71 II S. 2 pr LVG für die mündliche Verhandlung sogar eine Mußvorschrift hinsichtlich des Beweisantritts dar ("haben sämtliche Beweismittel anzugeben"), ohne daß Ruckriegel das Vorhandensein einer subj. Beweislast für das pr. Verwaltungsstreitverfahren bejaht.
- 3) Vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 43 ff.
- 4) So z. B. WIECZOREK, ZPO II Bd. 1. Teil A II b zu § 282.
- 5) Deshalb ist eine Behauptungslast im Zivilprozeß auch nur gegeben, soweit die Verhandlungsmaxime reicht.
- 6) ROSENBERG, Beweislast S. 43, der in Anlehnung an § 622 I ZPO formuliert.
- 7) Entscheidungen auf Grund der Behauptungslast; RG 59, 92 ff. (94); RG 61, 239 f. (240); RG 74, 144.

Nach diesem zum Zwecke der Begriffsbestimmung vorgenommenen Ausblick auf den Zivilprozeß, stellt sich die Frage, ob im Verwaltungsprozeß eine Behauptungslast, eine subjektive und eine objektive Beweislast nachweisbar ist.

2. Kapitel : Vereinbarkeit einer Behauptungs- und Beweislast mit der Untersuchungsmaxime

§ 3: Verwaltungsprozeß und Behauptungslast

Die Antwort auf die Frage nach dem Vorhandensein einer Behauptungslast im Verwaltungsprozeß ergibt sich daraus, daß der Verwaltungsprozeß von der Untersuchungsmaxime ¹⁾ beherrscht wird ²⁾ 3).

Soweit das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht und an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden ist, ist eine Behauptungslast nicht gegeben ⁴⁾ 5). Bereits für das pr. Verwaltungsstreitverfahren wurde überwiegend eine "Anführungspflicht" abgelehnt ⁶⁾.

- 1) Der Begriff "Untersuchungsmaxime" wird mit MENDER (System, S. 81/82) nur in dem Sinne gebraucht, als sie Antwort gibt auf die Frage, wer den tatsächlichen Streitstoff einführt und klärt; das Gegensatzpaar Dispositionsmaxime - Officialmaxime betrifft dagegen die Frage der Verfügungsmacht über den Streitgegenstand; zu den im übrigen insoweit vorhandenen terminologischen Ungenauigkeiten und deren Richtigstellung vgl. MENDER, aaO und S. 82 N. 14.
- 2) § 61 VGVO, § 63 VGG, § 52 VGG Rheinl. -Pf., § 38 I BVGG, § 87 I EntwVGVO; für das pr. Verwaltungsstreitverfahren h. M.: vgl. die Nachweise bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 328/329, ebenfalls für den modernen Verw. -Prozeß h. M.: z. B. KLINGER, VGVO S. 384 Anm. 1 zu § 63, EYERMANN-FRÖHLER, VGG S. 211/212 Anm. 1 zu § 63, ULE, BVGG S. 150 Anm. I 1 zu § 38.
- 3) Zu Fragen der Beweiserhebung; MÜLLER, Beweiserhebung S. 21 ff.
- 4) HOFFMANN, Beweislast S. 605; a. A. anscheinend BACHOF, Rechtsprechung S. 377 (1. Sp.).
- 5) Daran ändert sich nichts, wenn man, wie ROSENBERG, Beweislast zwischen einer subj. und obj. Behauptungslast unterscheidet (S. 47).
- 6) SCHULTZENSTEIN, Verhandlungsmaxime S. 308, derselbe, Beweislast S. 435, BERNER, Abhandlungen S. 437, derselbe in Verwaltungsgesetze für Preußen S. 108, FEEDER, Beweislast S. 319 spricht von einer beschränkten Behauptungslast.

Das Verwaltungsgericht darf eine Sachentscheidung also nicht schon damit begründen, daß eine Partei eine erforderliche Behauptung nicht aufgestellt habe. Erst wenn die von Amts wegen erfolgte Aufklärung des Sachverhalts ohne Erfolg bleibt, kann ein Tatumstand unberücksichtigt bleiben.

§ 4: Vorhandensein einer subjektiven Beweislast

Ebensowenig besteht unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime eine subjektive Beweislast.

Bereits für das pr. Verwaltungsstreitverfahren wurde das Vorhandensein einer subjektiven Beweislast verneint, soweit bereits zwischen einer subjektiven und objektiven Beweislast unterschieden wurde ¹⁾.

Der Ausschluß der subjektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß kann heute als ganz herrschende Meinung angesehen werden ²⁾.

1) BERNER, Abhandlungen S. 437, derselbe in Verwaltungsgesetze für Preußen S. 108, FEEDER, Beweislast S. 351, der in Anlehnung an Rosenberg bereits klar zwischen Feststellungslast und Beweisführungslast unterscheidet (S. 320), REUB, Verwaltungsstreitverfahren S. 29/30, der die obj. Beweislast als die "zweite Seite der Beweislast" bezeichnet.

2) BVwG v. 18. 4. 1956 = NJW 1956, 1214, v. 9. 12. 1956 = DÖV 1956, 280 = DVBl. 1956, 335, v. 9. 10. 1957 = ZMR 1958, 242.
BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, 39, LSozG Berlin v. 14. 9. 1954 = JR 1954, 476 für das Sozialgerichtsverfahren,
OVG Münster v. 19. 10. 1956 = DÖV 1957, 91/92, v. 21. 5. 1957 = DVBl. 1958, 64 ff. (65),
OVG Berlin v. 17. 12. 1954 = ZMR 1955, 247 ff. (249),
OVG Koblenz v. 24. 6. 1952 = E 1, 288,
Würt.-Bad. VGH v. 3. 8. 1950 = DVBl. 1951, 419;
ULE, Verhältnis S. 146, KNIESCH, Beweislast S. 452, GELLRICH, Beweislast, 175 f., v. TUREGG. Lehrbuch S. 227, DAHLINGER, Beweislast S. 7, BETTERMANN, Beweislast S. 84 f., HOFFMANN, Beweislast S. 604, RUCKRIEGEL, Beweislast S. 532.

Gegen diese Ansicht haben sich nur wenige Gegenstimmen erhoben.

Lediglich Tietgen ¹⁾, Eyermann-Fröhler ²⁾ und Schunck-de Clerck ³⁾ gehen von einer, wenn auch beschränkten subjektiven Beweislast aus.

Tietgen sieht die Anerkennung einer subjektiven Beweislast insoweit als gegeben an als nach den §§ 54 ff. VGVO die Klage schon dadurch zu Fall kommen könne, daß der Kläger nicht spätestens innerhalb einer vom Vorsitzenden zu bestimmenden Frist die zur ausreichenden Bezeichnung und Begründung des Klagegegenstandes dienenden Tatsachen und Beweismittel angebe, weiter in der Bestimmung des § 62 IV VGVO, wonach die Beweisaufnahme von einem Gerichtskostenvorschuß abhängig gemacht werden dürfe, sowie - insoweit in Übereinstimmung mit Eyermann-Fröhler ⁴⁾ - darin, daß das Gesetz gelegentlich, wie in § 36 VGVO (§ 33 VGG), Glaubhaftmachung verlange.

Dem ersten Argument Tietgens ist Bettermann ⁵⁾ mit der überzeugenden Begründung entgegengetreten, daß es nicht zulässig sei, die Klage bereits deshalb abzuweisen, weil der Kläger nicht die zur Klagebegründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben habe. Denn diese Angabe verlange § 54 I S. 2 VGVO nur in einer Sollvorschrift, so daß es sich nicht um wesentliche Erfordernisse der Klageschrift handle, bei deren Fehlen gemäß § 55 I Buchst. a VGVO die Klage durch Vorbescheid des Vorsitzenden abgewiesen werden dürfe ⁶⁾.

Ebensowenig kann in der Vorschrift des § 62 IV VGVO die Anerkennung einer subjektiven Beweislast erblickt werden. Denn der Beteiligte, der den Vorschuß entgegen dem richterlichen Geheiß nicht einzahlt, vereitelt zwar die Beweiserhebung, schließt damit jedoch nicht aus, daß das Gericht den Sachverhalt unter Umständen auf anderen Wegen ermittelt, so daß das Unter-

1) Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956, DVBl. 1956, 682 ff., derselbe, Schlußwort DVBl. 1957 S. 86.

2) VGG, zunächst wird allerdings aus dem "Offizialprinzip" gefolgert, daß es grundsätzlich keine (prozessuale) Beweislast gebe (S. 212, 1 d zu § 63); eine Art abgeschwächte Beweispflicht wird als bestehend angesehen für das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 33 VGG) und für die Begründung der Ablehnung eines Richters (§ 44 II ZPO, § 17 VGG).

3) Ähnlich Eyermann-Fröhler sehen SCHUNCK-de CLERK, VGG Rheinl. - Pfalz Anm. 3 zu § 52 eine "beschränkte Beweispflicht" anerkannt im § 33 VGG Rheinl. - Pf.

4) EYERMANN-FRÖHLER, VGG S. 212, 1 d zu § 63.

5) BETTERMANN, Beweislast S. 84 f.

6) Ebenso Bay VGH v. 13. 3. 1952 = DVBl. 1952, 473, EYERMANN-FRÖHLER, VGG 1 c zu § 55.

lassen des Vorschußpflichtigen allein noch nicht den Prozeßverlust bedeutet. Auch auf dem Gebiet des Zivilprozesses ist in vergleichbaren Vorschriften hinsichtlich des Kostenvorschusses (§§ 379, 402 ZPO) die Anerkennung einer subjektiven Beweislast nicht erblickt worden ¹⁾.

Tietgen, Eyermann-Fröhler und Schunck-de Clerk ist jedoch m. E. zuzustimmen, wenn sie die Anerkennung einer beschränkten subjektiven Beweislast in den Bestimmungen sehen, die hinsichtlich des Antrages auf Nachsichtgewährung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ²⁾ bzw. des Antrags auf Ablehnung eines Richters ³⁾ Glaubhaftmachung verlangen. Denn der Ausschluß der subjektiven Beweislast geht nur soweit, wie die Untersuchungsmaxime reicht und gilt demnach insbesondere für Fragen der Begründetheit der Klage.

Wenn in den oben genannten Bestimmungen vereinzelt eine subjektive Beweislast anerkannt wird, so ist dieser Umstand jedoch praktisch ohne große Bedeutung.

Ebensowenig wie im Bereich des Zivilprozesses gesagt werden kann, dem Zivilprozeß sei eine subjektive Beweislast unbekannt, ohne gleichzeitig die von dem Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren auszuklammern ⁴⁾, kann man allgemein behaupten, für den Verwaltungsprozeß sei das Vorhandensein einer subjektiven Beweislast unbekannt.

Der Ausschluß der subjektiven Beweislast ist vielmehr durch den Umfang der Untersuchungsmaxime begrenzt.

Praktische Folgen des durch die Untersuchungsmaxime bedingten Ausschlusses einer subjektiven Beweislast sind für den Verwaltungsprozeß:

1. eine Beweisfähigkeit im Sinne des Zivilprozesses ist unbekannt,
2. das Gericht kann den Parteien keine Ausschlußfristen zur Beweisführung setzen ⁵⁾.

1) HOFFMANN, Beweislast S. 604.

2) § 36 III S. 2 VGVO, § 33 I S. 1 VGG, § 36 I VGG Rheinl. -Pf., § 22 I BVwGG, § 112 S. 4 pr LVG; darüber, daß der Antrag auf Nachsicht innerhalb von zwei Wochen nicht nur gestellt, sondern auch begründet und glaubhaft gemacht werden muß, vgl. OVG Münster v. 4. 2. 1959 = ZMR 1959, 315 mit Nachweisungen.

3) § 38 VGVO, § 17 VGG i. V. m. § 44 ZPO, § 13 I BVwGG.

4) So z. B. in den Fällen der §§ 617, 622 II, 640 I ZPO.

5) BVwG v. 18. 4. 1956 = DVBl. 1956, 683; vgl. auch pr OVG in Das Recht 1926 S. 681: "Diese Pflicht geht aber nicht so weit, daß eine Partei mit ihren Behauptungen eventuell als beweisfähig abgewiesen werden müßte".

Daraus, daß eine Klage im Verwaltungsprozeß nicht wegen Beweisfälligkeit abgewiesen werden darf, folgt, daß eine Beweiserhebung auch dann erfolgen muß, wenn die Partei, die die objektive Beweislast treffen würde, keinen Beweis angetreten hat, sondern lediglich die Gegenpartei oder keine der Parteien 1) 2).

§ 5: Vorhandensein einer objektiven Beweislast

Soweit Rechtsprechung und Literatur die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Beweislast übernommen haben, wird das Vorhandensein einer objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß überwiegend anerkannt 3).

Abweichende Meinungen, die das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsprozeß überhaupt verneinen, erklären sich daraus, daß sie entweder nur einen subjektiven Begriff der Beweislast anerkennen oder nur einen einheitlichen Begriff der Beweislast kennen, dessen integrierender Bestandteil die subjektive Beweislast ist 4).

So hat das pr OVG gelegentlich 5) unter Berufung auf den Untersuchungsgrundsatz das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren verneint, während es in anderen zahlreichen Fällen nach der Beweislast entschieden hat 6). Dieser scheinbare Widerspruch erklärt sich daraus, daß die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Beweislast sich noch nicht durchgesetzt hatte.

Bezeichnend ist die Auffassung Schultzensteins, der nur eine subjektive Beweislast anerkannte, wenn er definierte, die Beweislast sei "die prozessuale Pflicht einer Partei das Nichtbestehen einer ... behaupteten Tatsache zu beweisen, widrigenfalls schon und allein wegen der Nichterfüllung dieser

1) Vgl. für den Zivilprozeß auf Seite 5 (unten).

2) Dazu allgemein: ULE, Verhältnis S.146.

3) Alle unten Seite 8 Note 2 Zitierten, ebenso ROSENBERG, Beweislast S.41 Note 5.

4) Für den Bereich des sozialgerichtl. Verfahrens: BSozG v.24.10.1957 = NJW 1958,39: "Wenn es im Schrifttum heißt, daß es im Verfahren nach der RVO und in Versorgungssachen, ebenso im jetzigen sozialgerichtl. Verfahren eine "Beweislast" nicht gibt, so ist damit nur die Beweisführungslast.. gemeint".

5) Besonders deutlich pr OVG in JW1935, S.1266 ff. (1267): "Von einer Beweislast kann im Verwaltungsstreitverfahren überhaupt nicht gesprochen werden. Denn dieses wird von der sogenannten Offizialmaxime beherrscht; vgl. auch pr OVG in RVBl.57 (1936), S.773 und in RVBl.55 (1934), S.366.

6) Vgl. Seiten 15-17.

Pflicht die prozessuale Folge eintritt, daß die Tatsache vom Prozeßrichter für seine Entscheidung als richtig angesehen werden muß" 1). Schultzenstein mußte daher konsequenterweise das Vorhandensein einer Beweislast für den Verwaltungsprozeß ablehnen 2).

Ebenfalls durch die mangelnde Unterscheidung in subjektive und objektive Beweislast dürfte es zu erklären sein, daß Laforet 3) noch 1937 für den bayerischen Verwaltungsprozeß behauptete: "Es gibt keine Beweislast" 4) und daß Mang 5) sogar noch in jüngster Zeit die Ansicht vertritt: "Grundsätzlich gibt es im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Unterschied zum Zivilprozeß keine Beweislast".

Entsprechendes gilt für die von Peters vertretene Ansicht, wonach im Verwaltungsprozeß eine "Beweislast im Sinne des Zivilprozesses ... unbekannt" sei 6).

Meiss 7) sieht einen Gegensatz zwischen Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß darin, daß es im Verwaltungsprozeß keine Beweislast geben könne, unterscheidet jedoch der Sache nach zwischen subjektiver und objektiver Beweislast, wenn er die Ansicht vertritt, eine Partei, die eine bei Gericht bestehende Ungewißheit nicht ausräumen könne, unterliege nicht, "weil sie im eigentlichen Sinne beweisfällig geblieben wäre", sondern "wegen der Nichtaufklärbarkeit des von Amts wegen zu erforschenden Sachverhalts".

Wiederum eine andere Auffassung vertritt neuestens Staab 8), der einer Teilung des Beweislastbegriffs in eine subjektive und objektive Beweislast entgegentritt und damit wegen des Fehlens einer subjektiven Beweislast das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsprozeß überhaupt verneinen muß. Staab sieht zwar auch die Fälle der objektiven Beweislast, meint jedoch, ein besonderer Name sei für diese "Erscheinung" nicht notwendig.

1) SCHULTZENSTEIN, Beweislast S. 435 Note 22.

2) SCHULTZENSTEIN, Beweislast S. 435, der im Fehlen einer Beweislast einen "wesentlichen Unterschied" gegenüber dem Zivilprozeß sieht; vgl. auch HEINE, Untersuchungsmaxime S. 456, wonach von einer Beweislast in dem Sinne wie im Zivilprozesse "keine Rede sein könne".

3) Verwaltungsrecht S. 266.

4) Eingeschränkt durch Anm. 3 aaO.

5) Verwaltungsrecht S. 180.

6) PETERS, Lehrbuch S. 22.

7) MEISS, Abgrenzung S. 32.

8) STAAB, Beweislast S. 84.

An der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Beweislast ist jedoch festzuhalten.

Einmal liegt die eigentliche Bedeutung der Beweislast in der objektiven Beweislast ¹⁾. Zum andern hat sich die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Beweislast bereits heute nicht nur im Verwaltungsprozeß, sondern in fast allen sonstigen vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren durchgesetzt ²⁾.

§ 6: Die Bedeutung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß

In engem Zusammenhang mit der Frage nach der Bedeutung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß steht die Frage nach der Häufigkeit der Unaufklärbarkeit eines entscheidungserheblichen Tatumstandes.

Im Vergleich zum Zivilprozeß wird sich sagen lassen, daß der Fall einer Unklarheit im tatsächlichen Bereich im Verwaltungsprozeß weniger häufig ist. Dies dürfte allerdings weniger eine Folge des den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsgrundsatzes sein ³⁾. Denn die Rechtspraxis zeigt, daß in Prozessen vor Verwaltungsgerichten, die Fälle, in denen

1) ROSENBERG, Beweislast S. 21.

2) ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543 vertritt sogar die Auffassung, daß das Vorhandensein einer objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß "heute in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt" sei. So bejahen neuestens F. und Th. KEIDEL, FGG Anm. 12 zu § 12 das Vorhandensein einer objektiven Beweislast für den Bereich des FGG (a.A. noch in der 6. Aufl. Anm. 12 zu § 12: "es gibt keine Beweislast"). Auch für das Gebiet der Sozialgerichtsbarkeit unterscheidet das BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, 39/40 klar zwischen subjektiver und objektiver Beweislast; Entsprechendes gilt bei der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem BEG vor den ordentlichen Gerichten; So unterscheiden jetzt auch BLESSIN-WILDEN-EHRIG, BEG S. 795 Anm. 5 zu § 176 BEG zwischen Beweisführungslast und der "Gefahr der Beweislosigkeit" unter Berufung auf Rosenberg, ebenfalls unter Berufung auf Rosenberg unterscheiden BECKER-HUBER-KÜSTER, BEG Anm. 2b, c zu § 83 BEG S. 674 zwischen Beweisführungslast und Feststellungslast. Eine Ausnahme gilt lediglich für den Steuerprozeß, für den das Vorhandensein einer obj. Beweislast zu verneinen ist, weil § 217 AO bei Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts die Möglichkeit der Schätzung eröffnet; im Ergebnis ebenso BFH v. 7. 12. 1955 = NJW 1956, 488; a.A. HARTUNG, Beweislast S. 1900, der jedoch den § 217 I AO so auslegt, daß eine Schätzung nur dann zulässig sei, wenn der Steuerpflichtige nicht voll seine Aufklärungspflicht erfüllt habe.

3) A.A. RUCKRIEGEL, Beweislast S. 531.

das Gericht auf Beweismittel, insbesondere Zeugen, die von keiner Partei benannt sind, auf Grund seiner Pflicht zur Sachaufklärung von Amts wegen zurückgreift, die Ausnahme bilden ¹⁾.

Ein durchgreifendes Argument dafür, daß ein Streit um tatsächliche Fragen vor den Verwaltungsgerichten weniger häufig ist, liegt jedoch in dem Umstand, daß der Sachverhalt oft schon festliegt, wenn der Rechtsstreit beim Verwaltungsgericht anhängig wird. Denn sehr häufig ergibt sich der Sachverhalt auf Grund der beigezogenen Behördenakten ²⁾. Außerdem wird das beteiligte Subjekt hoheitlicher Gewalt in aller Regel - wenigstens unverhältnismäßig häufiger als eine Zivilperson in einem privaten Zivilrechtsstreit - ein unverfälschtes Bild der tatsächlichen Lage darlegen, soweit es ihm möglich ist.

Dennoch muß festgehalten werden, daß sich auch im Verwaltungsprozeß häufig genug Beweisnotstände ergeben, die auf bestimmten Rechtsgebieten, wie z.B. in Staatsangehörigkeits-, Flüchtlings-, Heimatvertriebenen- und Beamtensachen, dadurch mitbedingt sind, daß zum Nachweis von Rechten notwendige Beweismittel, insbesondere Urkunden, infolge Kriegseinwirkung verloren gegangen sind ³⁾ ⁴⁾. Die hierdurch bedingten Härten hat der Gesetzgeber nur teilweise im Wege einer gesetzlichen Regelung zu mildern versucht ⁵⁾, so daß die Frage der Beweislastverteilung gerade auf den genannten Gebieten, wo es oft um empfindlich in die Rechtssphäre von Zivilpersonen einschneidende Entscheidungen geht, an Bedeutung gewonnen hat.

1) So ULE, Verhältnis S. 146.

2) So BACHOF, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz S. 19 Note 20; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 602; RUCKRIEGEL, Beweislast S. 531; NEVERLA, Beweislast S. 620.

3) GELLRICH, Beweislast S. 176 Note 20.

4) TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956 in DVBl. 1956, 683 folgert eine Häufung von Beweislastfragen im Verwaltungsprozeß daraus, daß mit zunehmender Konsolidierung des staatlichen Lebens die Masse der Fälle überwiege, deren rechtliche Problematik "dem konkreten Sachverhalt stärker verhafter" sei.

5) Dem Gesetzgeber steht eine Fülle von Möglichkeiten offen, um Entscheidungen nach der Beweislast auszuschalten oder zu verringern: So kann er die Glaubhaftmachung genügen lassen, wie in den §§ 71 BVertrG, 5 I S. 1 des 2. Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit v. 17. 5. 1956 (BGBl. I S. 431), § 331 II LAG, § 16 II KriegsgefangenenG oder die Wahrscheinlichkeit, daß eine bestimmte Voraussetzung erfüllt sei, wie z.B. im § 15 I S. 2 BEG und § 1 II BVertrG. Er kann den Ersatz von verlorengegangenen Urkunden regeln, wie z.B. im § 93 BVertrG und er kann Vermutungen zugunsten der Antragsteller aufstellen, z.B. §§ 15 II, 28 II BEG; vgl. auch die besondere Beweiserleichterung des § 176 II BEG hinsichtlich von Lagen, in die der Antragsteller durch natzow. Gewaltmaßnahmen geraten ist; das BVwG v. 9. 12. 1955 = NJW RzW 1956, 126 hat es dahingestellt sein lassen, ob es sich bei § 176 II BEG um einen das gesamte Wiedergutmachungsrecht beherrschenden Grundsatz handelt.

2. Abschnitt : Verteilung der objektiven Beweislast

1. Kapitel : Pr. Verwaltungsstreitverfahren

§ 7: Die Beweislastverteilung in einzelnen Fällen

Das pr. OVG konnte bereits 1914 ¹⁾ rückblickend feststellen, daß die Rechtsprechung "darüber nie im Zweifel gewesen" sei, daß bei unsicherem Ergebnis der Beweisaufnahme auf die Beweislast zurückgegriffen werden müsse. Die zahlreichen Entscheidungen ²⁾ dieses Gerichts zu Fragen der Beweislastverteilung sind zum Teil heute noch richtungsweisend ³⁾. Für die Rechtsprechung des pr OVG zu diesen Fragen ist jedoch kennzeichnend eine kasuistische Entscheidung von Einzelfragen: Es ist nicht gelungen, ein allgemeines, alle Klagarten umfassendes Prinzip der Beweislastverteilung zu entwickeln ⁴⁾, Dies mag neben dem Umstand, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach 1945 vom Enumerativsystem befreit wurde, mit zur gegenwärtigen Unsicherheit in der Entscheidung von Beweislastfragen geführt haben.

Standen verzichtbare vermögensrechtliche Ansprüche im Streit, z.B. bei Abbüldungsklagen zwischen zwei Beteiligten wegen Schulbauten ⁵⁾, Wegebauleistungen ⁶⁾ oder Kommunalabgaben ⁷⁾, so wurde die Beweislast in Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht verteilt: Der Gläubiger trug die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Schuldner war beweisbelastet hinsichtlich der rechtsverneinenden Tatsachen ⁸⁾. Dasselbe galt für Zuschußstreitigkeiten zwischen Gemeinden ⁹⁾.

In Gemeindesteuerstreitigkeiten hatte die veranlagende Behörde die Beweislast für die Grundlagen der Steuerpflicht und die subjektive Steuerpflicht des Steuerschuldners ¹⁰⁾, während letzterer insbesondere dann die

1) ProVG v. 26. 4. 1914 = E 67, 311 ff. (314).

2) Allein bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 857 - 860 finden sich annähernd 100 Entscheidungen des proVG zu Beweislastfragen.

3) Wie noch zu zeigen ist.

4) REUB, Verwaltungsstreitverfahren S. 29/30.

5) Nach §§ 46 III, 47 III ZustG.

6) § 56 V ZustG.

7) § 70 III KAG.

8) ProVG E 24, 279.

9) ProVG E 35, 123, § 53 KAG.

10) ProVG E 14, 142; 74, 211/212; 78, 132; weitere Nachweise bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 859.

Beweislast trug, wenn er behauptete, aus besonderen Gründen von der allgemeinen Abgabepflicht befreit zu sein ¹⁾.

Während bei diesen Streitigkeiten die in enger Anlehnung an das bürgerliche Recht gefundene Beweislastverteilung vom Schrifttum weitgehend gebilligt wurde ²⁾, erhob sich scharfer Widerspruch gegen die Verteilung der Beweislast bei der - zumindest damals - wichtigsten Anfechtungsklage gegen polizeiliche Verfügungen. Es ist vor allem das Verdienst Schultzensteins schon früh ³⁾ den Irrweg aufgezeigt zu haben, den das prOVG bei Anfechtungsklagen nach § 127 prLVG hinsichtlich der Beweislastverteilung gegangen ist.

Nach Ansicht des prOVG hatte beim Streit über die Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen die Behörde zu beweisen, daß sie zum Erlaß der angefochtenen Verfügung zuständig war und daß die Angelegenheit ihrem Bereich unterstand ⁴⁾. Dagegen wurde der Betroffene als beweispflichtig dafür angesehen, daß im einzelnen Falle nicht die tatsächlichen Voraussetzungen vorlagen, die die Behörde zum Erlaß der angefochtenen Verfügung berechtigt haben würden ⁵⁾.

Diese Rechtsprechung wurde im Schrifttum besonders von Friedrichs ⁶⁾ gebilligt, während Schultzenstein ⁷⁾ seinen Widerspruch mit durchschlagenden Argumenten begründen konnte. Er wies zutreffend darauf hin, daß gerade bei Anfechtungsklagen gegen polizeiliche Verfügungen derjenige, welcher äußerlich als Kläger erscheine, in Wirklichkeit nicht der eigentliche Angreifer sei, er sei vielmehr derjenige, welcher einen Angriff der Polizei-

1) prOVG E 16, 193; 81, 121.

2) FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 854 ff.; BERNER in Verwaltungsgesetze für Preußen S. 108/109; HATSCHEK-KURTZIG, Lehrbuch S. 429; REUB, Verwaltungsstreitverfahren S. 29/30.

3) SCHULTZENSTEIN, Beweislast S. 257-259, S. 327-328, S. 433-436.

4) prOVG E 46, 244; bei wegepolizeilichen Verfügungen trug die Behörde die Beweislast für die Öffentlichkeit des Weges; prOVG E 20, 218; 46, 243; 72, 309/310; weitere Nachweise bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 859.

5) prOVG E 4, 274; 51, 399; 67, 314; weitere Nachweise bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 859.

6) FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 858, derselbe, PVG S. 257 Erl. 4 zu § 50; weitere Nachweise bei FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 859.

7) SCHULTZENSTEIN, Beweislast S. 434.

behörde von sich abwehre. Deshalb dürfe auf seine Stellung als Kläger und die Stellung der Polizeibehörde als beklagte Partei kein Gewicht gelegt werden. Derjenige, der etwas behaupte, habe es auch zu beweisen. Demnach sei die Polizeibehörde beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer polizeilichen Verfügung.

Berner, der sich zunächst der herrschenden Ansicht angeschlossen hatte ¹⁾, stimmte später ²⁾ der Meinung Schultzensteins zu und wies insbesondere darauf hin, daß aus § 127 III prLVG nichts über die Verteilung der Beweislast herzuleiten sei, diese Vorschrift handle lediglich von der Begründung der Klage.

Auch das prOVG selbst hat in einigen Entscheidungen nicht konsequent an seiner Ansicht festgehalten. So wurde in der Entscheidung vom 4.5.1906³⁾ ausgesprochen, daß ein Beamter zur Auflösung einer Versammlung nach dem Vereinsgesetz nur einschreiten dürfe, wenn die Auflösungsgründe feststehen und in der Entscheidung vom 3.2.1927 ⁴⁾ es sogar als "durchaus irrig" bezeichnet, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz anzunehmen, wonach der Kläger das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen einer polizeilichen Verfügung zu beweisen habe.

Ob besonders in der letztgenannten Entscheidung ein Wandel der Rechtsprechung des prOVG zu sehen ist - die Begründung war für die Entscheidung nicht tragend - mag dahinstehen ⁵⁾. Jedenfalls hat das OVG mit diesen Ausführungen zumindest stillschweigend dem § 127 prLVG entgegen seiner früheren Auffassung ⁶⁾ eine Bedeutung für die Beweislast abgesprochen ⁷⁾.

1) BERNER, Abhandlungen S.443.

2) BERNER in Verwaltungsgesetze für Preußen S.109.

3) E 49, 419 ff.(425).

4) PrOVG in PrVBl.48, 442.

5) Die Entscheidung PrOVG E 65, 302 wurde von BERNER in Verwaltungsgesetze S.109 zu Unrecht für einen Wandel der Rechtsprechung herangezogen.

6) PrOVG E 16, 384/385; 46, 244.

7) Dieser Umstand ist besonders interessant im Hinblick auf das oben Seiten 93 - 98 zu besprechende Urteil des BVwG v.18.4.1956, das die Beweislastverteilung dem § 23 VGVO entnehmen zu können glaubt.

§ 8: Allgemeine Grundsätze zur Beweislastverteilung

Wenn es auch der Rechtsprechung des ProVG nicht gelungen ist, eine umfassende Regel der Beweislastverteilung in allen Klagarten zu geben, so verdienen doch einige allgemeine Gesichtspunkte, die für die Beweislastverteilung nach wie vor Bedeutung haben, als Ergebnis der Rechtsprechung dieses Gerichts herausgestellt zu werden.

Während noch in älteren Entscheidungen dem Kläger als solchem die Beweislast auferlegt wurde ¹⁾, bahnte sich allmählich ein Umschwung an. Am Ende dieser Entwicklung wurden folgende Grundsätze der Beweislastverteilung anerkannt:

- a) Die Beweislastverteilung ist dem materiellen Recht zu entnehmen ²⁾.
- b) Sie ist nicht abhängig von der Prozeßrechtsstellung ³⁾.
- c) Sie ist unabhängig von der Klagart ⁴⁾.

2. Kapitel : Der Grund der Beweislastverteilung im allgemeinen

§ 9: Notwendigkeit einer Verteilung der Beweislast

Dieser kurze historische Rückblick zeigt, daß Literatur und Rechtsprechung zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren uns für die Frage der Beweislastverteilung im modernen Verwaltungsprozeß lediglich Anregungen und Hinweise, aber keine umfassende Lösung zu geben vermögen. Da auch eine umfassende gesetzliche Regelung der Beweislastverteilung fehlt ⁵⁾, muß die Lücke durch Wissenschaft und Praxis ausgefüllt werden. Ein "nahezu unberührtes Neuland" ⁶⁾ ist zu erschließen.

Da einerseits, wie gezeigt, die Frage nach den Beweislastregeln, nach denen das Verwaltungsgericht im Falle der Ungewißheit im Tatsächlichen zu entscheiden hat, bisher weder vom Gesetzgeber, noch von Wissenschaft und Praxis eindeutig und umfassend beantwortet worden ist,

1) ProVG E 4, 274; 14, 142; 16, 385.

2) ProVG E 30, 250; FRIEDRICHS, Besonderheiten S. 497, derselbe Verwaltungsrechtspflege S. 856 und LVG S. 183 Anm. 27 zu § 76; BERNER, Abhandlungen S. 437; FEEDER, Beweislast S. 351.

3) ProVG E 28, 215; 33, 14; 46, 243; FRIEDRICHS, LVG S. 183 Anm. 27 zu § 76 und in Verwaltungsrechtspflege S. 856.

4) ProVG E 28, 208 ff. (215) für die negative Feststellungsklage.

5) Einzelne Beispiele einer gesetzlichen Regelung später.

6) HOFFMANN, Beweislast S. 605.

andererseits - wie wir noch sehen werden - die im Zivilrecht entwickelten Grundsätze im wesentlichen auch die Grundlage der hier zu behandelnden Regelung der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß bilden, ist ein Rückgriff auf das Zivilrecht unerläßlich.

Nachdem wir früher festgestellt haben, daß die objektive Beweislast sich mit der Folge der Nichterweisbarkeit eines für die Entscheidung erheblichen Tatumstandes befaßt, ist im folgenden nun die Frage, wen die Folge der Unbewiesenheit trifft.

Dabei gehen wir davon aus, daß die Beweislast nicht von vornherein einer Partei - etwa dem Kläger - aufzuerlegen ist, sondern daß sich beide Parteien die Beweislast nach bestimmten Grundsätzen teilen. Daß auch der Gesetzgeber von einer Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagten ausgeht, ergibt sich für den Bereich des Zivilrechts aus Formulierungen wie "dem Kläger obliegenden Beweis" (§ 597 II ZPO) und "dem Beklagten obliegenden Beweis" (§ 598 ZPO) 1).

"Genau so wenig wie im Zivilprozeß" 2) kann im Verwaltungsprozeß von einer Verteilung der Beweislast abgesehen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, im Verwaltungsprozeß jeweils zugunsten einer bestimmten Partei, etwa einer Behörde oder zugunsten einer klagenden Zivilperson zu entscheiden. Der Grundsatz in dubio pro reo ist im Verwaltungsprozeß auch nicht entsprechend anwendbar 3), wie auch im sozialgerichtlichen Verfahren ein Grundsatz in dubio pro aegroto oder in dubio pro mitius unbekannt ist 4).

An der Notwendigkeit einer Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß kann somit kein Zweifel bestehen 5).

Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Frage, wie die Verteilung der Beweislast erfolgen soll.

1) ROSENBERG, Beweislast S. 90 nennt als weitere Beispiele die §§ 345, 358 BGB.

2) HOFFMANN, Beweislast S. 605.

3) Etwas anderes gilt z. B. für das Bußgeldverfahren nach dem OrdwIdrG, in dem von einer Verteilung der Beweislast nicht gesprochen werden kann, weil auch hier in Anlehnung an das Strafrecht der Grundsatz in dubio pro reo gilt, vgl. BVfG v. 4. 2. 1959 = DVB1. 1959, 362 ff. (363), sowie ROTBERG, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Anm. 9 zu § 12.

4) MELLWITZ, Sozialgerichtsgesetz Anm. G z zu § 104 S. 261, ebenso geht das BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, 39/40 von einer Verteilung der Beweislast aus.

5) BERNER in Verwaltungsgesetze für Preußen S. 108, OVG Koblenz v. 29. 9. 1955 = E 4, 333 ff. (336).

§ 10: Beweislastverteilung und Rechtsanwendung

Bei der Frage nach dem Grund der Verteilung der Beweislast ist zu beachten, daß man sowohl nach dem Grund der Beweislastverteilung überhaupt, also nach seiner letzten Rechtfertigung, als auch nach dem Grund der Verteilung im konkreten Fall fragen kann 1).

Um die Frage nach der Rechtfertigung der Beweislastverteilung beantworten zu können, soll zunächst der Zusammenhang zwischen Beweislastverteilung und Rechtsanwendung herausgestellt werden. Wie eingangs 2) erwähnt, erfordert die Anwendung eines Rechtssatzes drei Gruppen von Erkenntnisakten, die Feststellung des Lebenssachverhalts, des Inhalts des anzuwendenden Rechtssatzes und der Subsumtion des ermittelten Sachverhalts unter den ermittelten Rechtssatz. Hierbei ist eine grundsätzliche Forderung, daß eine Subsumtion nur erfolgen darf, wenn die zu subsumierenden Tatumstände als vorhanden festgestellt werden.

Dies wird zuweilen an der sprachlichen Fassung der Rechtssätze erkennbar.

Wird die Befugnis von Subjekten hoheitlicher Gewalt zum Eingriff in Freiheiten und Eigentum oder zur Versagung einer Vergünstigung davon abhängig gemacht, daß "Tatsachen festgestellt sind" 3), "Tatsachen die Annahme rechtfertigen" 4), "Tatsachen eingetreten sind" 5) oder "Tatsachen vorliegen" 6), so kommt bereits in diesen Formulierungen zum Ausdruck, daß nichtbloße Mutmaßungen oder Vermutungen, sondern lediglich ein eindeutig festgestellter konkreter Lebenssachverhalt zur Anwendung des jeweiligen Rechtssatzes berechtigt.

Dieser Grundsatz gilt nur dann nicht, wenn etwas anderes im Tatbestand des anzuwendenden Rechtssatzes oder in sonstiger Weise zum Ausdruck kommt. So bestimmt z.B. § 8 I S. 1 NamenG:

"Ist zweifelhaft, welchen Familiennamen ein deutscher Staatsangehöriger oder ein Staatenloser, der seinen Wohnsitz oder ge-

1) WACH, Beweislast S. 383; ROSENBERG, Beweislast S. 91.

2) Seite 1.

3) § 5 Z. 3, 4 VersammlG.

4) § 7 I PaßG, § 9 II lit b, c PaßG, § 2 I Ziff. 1, 2 GastG, § 3 III des 2. Gesetzes z. Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit v. 17. 5. 1956 (BGBl. I S. 431).

5) § 4 I Ziff. 2 KrankenpflegeG.

6) §§ 30 I lit a, 33a II Ziff. 1, 34 II, 35 I, 44a III S. 2, 57 I Ziff. 2a GewO.

wöhnlichen Aufenthaltsort im Deutschen Reich hat, zu führen berechtigt ist, so kann der Reichsminister des Inneren diesen Namen auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen mit allgemein verbindlicher Wirkung feststellen." 1)

Hier ist demnach im Tatbestand eines Rechtssatzes Voraussetzung für ein hoheitliches Handeln eine bestimmte Zweifelhaftigkeit im tatsächlichen Bereich. Abgesehen von den Ausnahmen in der Art des § 8 NamenG ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß ein Rechtssatz nur dann angewendet werden darf, wenn seine rechtsatzmäßigen, tatsächlichen Voraussetzungen feststehen oder zumindest - bei entsprechend gesetzlicher Regelung - glaubhaft oder wahrscheinlich sind 2).

Daraus folgt, daß ein Rechtssatz nicht nur dann nicht angewendet werden darf, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, sondern bereits nicht in Fällen, in denen zweifelhaft bleibt, ob ein oder mehrere Tatbestandsmomente durch die ihnen entsprechenden Tatumstände eines konkreten Lebenssachverhaltes ausgefüllt sind.

Daraus, daß die Nichtanwendbarkeit eines Rechtssatzes bei Zweifelhaftigkeit einer rechtsatzmäßigen, tatsächlichen Voraussetzung im Prozeß einem der Beteiligten zum Nachteil gereicht, ergibt sich der Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislastverteilung. Dieser Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislastverteilung wird besonders deutlich, wenn das Vorhandensein einer objektiven Beweislast anerkannt wird. Denn die objektive Beweislast befaßt sich ausschließlich mit der Frage nach den Folgen der Nichterweislichkeit eines rechtserheblichen Tatumstandes.

So ist es nicht verwunderlich, daß Rosenberg, einer der entschiedensten Verfechter für das Vorhandensein einer objektiven Beweislast, den

1) Vgl. zu § 8 NamenG BVwG v. 7. 3. 1958 = DÖV 1958, 705, in der Entscheidung wird betont, daß es sich bei § 8 I S. 1 NamenG nicht um eine unzulässige Beweislastverteilung zuungunsten desjenigen, der eine Namensänderung erstrebt, handelt.

2) Beispiele für Glaubhaftmachung und Wahrscheinlichkeit auf Seite 14 Note 5.

Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislast besonders klar herausstellt 1).

§ 11: Beweislastverteilung und Rechtsprinzip

Die Beweislastverteilung erhält ihre letzte Rechtfertigung aus dem Rechtsprinzip. Das ist besonders klar zu erkennen, wenn der Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislastverteilung herausgestellt ist.

1) ROSENBERG, Beweislast S. 11, PLÓSZ,

Zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozeßrecht (1917) S. 34:

"Die Regel der Beweislastverteilung ist also eine Regel der Anwendung der Rechtssätze"; schon vor Plósz hatte FITTING, Grundlagen S. 41 auf den Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislast hingewiesen, wenn er schrieb: "Erwägt man nun, daß kein Rechtssatz angewendet werden kann, wenn nicht das Dasein seiner tatsächlichen Voraussetzungen feststeht, so ergibt sich als notwendige Folge, daß das Gericht, wenn ihm bloß die tatsächlichen Voraussetzungen einer Regelvorschrift feststehen, nicht aber auch diejenigen einer Ausnahmевorschrift ... nur die Regelvorschrift anwenden kann..".

Ähnlich Rosenberg stellt auch NIKISCH, ZPO S. 319 den Zusammenhang zwischen Rechtsanwendung und Beweislast her: "Jede gerichtliche Entscheidung beruht auf der Anwendung von Rechtssätzen, die an einen abstrakten, hypothetischen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge knüpfen. Der Kl. kann mit seiner Klage nur durchdringen, wenn sich die Richtigkeit seiner Rechtsbehauptung .. aus einer solchen Norm ergibt. Zu seinen Lasten geht deshalb die Anführung und der Beweis derjenigen Tatsachen, deren Vorliegen Voraussetzung für die Anwendung jener Norm ist". Auch das RG hat die Anwendung eines Rechtssatzes nur dann zugelassen, wenn seine Voraussetzungen positiv festgestellt waren und zur Nichtanwendung eines Rechtssatzes nicht gefordert, daß das Nichtvorliegen der Voraussetzungen positiv festgestellt war, RG in JW 1896, S. 417 Nr. 39, RG in Recht 1918, 113, RG in HRR 1936, 914, RG 68, 357.

Ebenso sehen DAHLINGER, Beweislast S. 8 und RUCKRIEGEL, Beweislast S. 531 für das Gebiet des Verwaltungsprozesses die Beweislastverteilung als ein Problem der Rechtsanwendung an.

Da das Problem der Beweislastverteilung ein Problem der Rechtsanwendung ist ¹⁾, wird der Zusammenhang zwischen Beweislastverteilung und Rechtsprinzip durch die Zurückführung des Problems der Rechtsanwendung auf das Rechtsprinzip beleuchtet.

Das Rechtsprinzip gebietet, "auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würde" ²⁾.

Indem in einem Rechtsstaat der Gesetzgeber in der Form des Rechtssatzes ³⁾ verbindlich bestimmt, was sein soll, bewertet er mittelbar die an einer Lebenssituation typischerweise beteiligten Interessen. Das für den jeweiligen Sachverhalt geringerwertige Interesse wird hinter das höherwertige zurückgestellt ⁴⁾.

Da der Gesetzgeber bei der Schaffung eines Rechtssatzes und der damit verbundenen Wertung der beteiligten Interessen gleichzeitig von der Voraussetzung ausgeht, daß ein Rechtssatz nur dann angewendet werden darf, wenn seine rechtssatzmäßigen, tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, hat er gleichzeitig eine Interessenbewertung für den Fall ausgesprochen, in dem es zweifelhaft bleibt, ob ein oder mehrere Tatbestandsmomente eines Rechtssatzes durch einen konkreten Lebenssachverhalt ausgefüllt werden. In einem solchen Fall kann wegen der Unsicherheit der tatsächlichen Lage der im Streit befindliche Rechtssatz nicht angewendet und die mit der Anwendung des Rechtssatzes verbundene Interessenverwirklichung nicht vollzogen werden.

Daraus, daß die notwendigerweise einer der Prozeßparteien zum Nachteil reichende Nichtanwendbarkeit eines Rechtssatzes bei Zweifelhafteit eines rechtserheblichen Tatumstandes von der gesetzlichen Interessenbewertung und damit vom Rechtsprinzip gefordert wird, ergibt sich die letzte Rechtfertigung der Verteilung der objektiven Beweislast aus dem Rechtsprinzip. Das gilt allerdings nur für den Fall, daß die Beweislastverteilung als ein Problem der Rechtsanwendung angesehen wird ⁵⁾.

1) Seite 21.

2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II a 1; derselbe, Gerechtigkeit S. 113; im Anschluß an WOLFF MENDER, System S. 27/28.

3) Über die Form von Rechtssätzen vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1, sowie derselbe, Unterschied S. 208.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1.

5) ROSENBERG, Beweislast S. 91 sieht die Verteilung der Beweislast als ein Gebot der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit an; ähnlich WACH, Beweislast S. 365, 386, 387; WEISMANN, Lehrbuch S. 121; HELLWIG, System I S. 466.

Von dieser Erkenntnis her sind die für den Bereich des Zivilprozesses vertretenen, abweichenden Ansichten über den Grund der Beweislastverteilung abzulehnen. Insbesondere ist die Ansicht abzulehnen, die den Grund der Beweislastverteilung in der Verhandlungsmaxime sieht ¹⁾. Da es eine Beweislast und eine Beweislastverteilung auch in den Verfahren gibt, die unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime stehen, insbesondere also im Verwaltungsprozeß, kann diese Auffassung keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen und ist daher schon aus diesem Grunde abzulehnen ^{2) 3)}.

Auch die Ansicht von Stein-Jonas-Schönke ⁴⁾, wonach sich die Beweislastverteilung aus dem Gewohnheitsrecht ergeben soll, ist zumindest für den Verwaltungsprozeß unbrauchbar, da sich noch in keiner Weise sagen läßt, daß sich bereits Gewohnheitsrecht hinsichtlich der Frage der Verteilung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß gebildet habe.

Ist somit der Grund der Beweislastverteilung im Rechtsprinzip zu finden, so bleibt hervorzuheben, daß es sich hierbei um die letzte Rechtfertigung der Beweislastverteilung handelt. Der Verwaltungsrichter muß sich im Prozeß bei der Frage nach der Verteilung der Beweislast an einer festen, abstrakten Rechtsregel orientieren, er darf nicht das "Schifflein des einzelnen Prozesses nach dem Sterne der Gerechtigkeit steuern wollen" ⁵⁾.

Soweit eine rechtsstaatliche Rechtsordnung eine Interessenabwägung in der Form von Rechtssätzen vorweggenommen hat, ist auch dem Verwaltungsrichter eine selbständige Interessenabwägung grundsätzlich verwehrt. Insbesondere geht es nicht an, im Wege der Beweislastverteilung die Interessenabwägung des Gesetzgebers zu korrigieren.

1) Vgl. die Auseinandersetzung von ROSENBERG, Beweislast S. 91 mit dieser Auffassung.

2) ROSENBERG, Beweislast S. 93 weist in diesem Zusammenhang noch auf die Ehe- und Kindschaftssachen, den Strafprozeß und das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hin, die ebenfalls unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime stehen und in denen ebenfalls eine obj. Beweislast vorhanden ist.

3) Ebenso abzulehnen sind die Ansichten, die die Beweislastverteilung aus der Logik und der Natur der Sache, aus der Beschaffenheit des in einer Prozeßgesetzgebung verwerteten Beweissystems herleiten wollen, vgl. dazu ROSENBERG, Beweislast S. 95-97 mit umfassenden Nachweisen auch aus der älteren Literatur.

4) STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO I Anm. IV 2 zu § 282; ebenso WACH, Beweislast S. 368, 386 f.

5) ROSENBERG, Beweislast S. 92.

Hierzu ein Beispiel:

Einem vom OVG Münster ¹⁾ entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Polizeivollzugsbeamter machte im Wege der Vornahmeklage geltend, seine Lungentuberkulose sei durch die Berührung eines bewußtlosen Tbc-Kranken und dessen Auswurf sowie das Atmen in dessen Atembereich verursacht worden. Es handele sich um einen Dienstunfall, der ihm einen Anspruch auf Unfallfürsorge gebe. Der Senat konnte sich nicht völlig von der Ursächlichkeit der Infektion überzeugen. Dennoch hatte die Klage Erfolg mit der Begründung, an sich "müßte" der Kläger den Nachteil der Ungewißheit tragen, denn er erstrebe die Anwendung der ihm günstigen Unfallfürsorgevorschrift. Aus der Zweckbestimmung der einschlägigen Vorschriften heraus müsse jedoch zugunsten des Klägers die Möglichkeit der Verursachung ausreichend sein.

Diese Begründung überzeugt nicht. Sie versucht, in einem einzelnen Fall zu einem billigen Ergebnis zu kommen und setzt sich dabei in Widerspruch zu der auch vom Gericht anerkannten allgemeinen Regel, daß die Beweislast für die den Anspruch begründenden Tatsachen den Vornahmekläger trifft. Zu einer Abweichung von den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung - wenn auch nur in der Begründung - bestand umsoweniger Anlaß, als der Gesetzgeber den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Ursächlichkeit zwischen Dienstunfall und Körperschaden ausdrücklich Rechnung getragen hat ^{2) 3)}.

1) E v. 21. 6. 1957 = DVBl. 1958, 64 ff. (65).

2) Bedenken gegen die Entscheidung äußert auch MENDER, Rechtsprechung S. 283, und zwar deshalb, weil das Gericht ohne jede diesbezügliche gesetzliche Regelung davon ausgehe, das Risiko der Ungewißheit, ob ein Leiden dienstbedingt sei, sei gewissermaßen durch die Unfallfürsorge "mitversichert".

Im gleichen Sinne wie das OVG Münster hatte bereits der Württ. -Bad. VGH v. 3. 8. 1950 = DÖV 1951, 222 entschieden.

3) § 142 III LBG (gleichlautend § 135 III BBG): "Erkrankt ein Beamter, der nach der Art seiner dienstlichen Verrichtung der Gefahr der Erkrankung an bestimmten Krankheiten besonders ausgesetzt ist, so liegt ein Dienstunfall vor, es sei denn, daß der Beamte sich die Krankheit außerhalb des Dienstes zugezogen hat. ". Ob in dem vom OVG Münster entschiedenen Fall die Beweislastregel des § 142 III LBG Anwendung finden konnte, kann ohne nähere Kenntnis des Sachverhalts nicht entschieden werden; in jedem Falle würde jedoch die Begründung der Entscheidung hinsichtlich der Beweislastverteilung zu beanstanden sein.

Die Beweislast darf eben nicht nach freier Würdigung von Fall zu Fall verteilt werden oder dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben ¹⁾.

Es gilt vielmehr, eine feste, abstrakte, in Übereinstimmung mit dem Rechtsprinzip stehende Rechtsregel zu finden, aus der die Praxis im Einzelfall die Beweislastverteilung herzuleiten vermag, aus der sich also der Grund der Verteilung der Beweislast im einzelnen Falle ergibt.

3. Kapitel : Das Prinzip der Beweislastverteilung

§ 12: Die Grundregel der Beweislastverteilung im Zivilprozeß

Nach Ansicht des Reichsgerichts ²⁾ "folgt aus der allgemeinen Regel, daß derjenige, der eine Rechtsfolge behauptet, diejenigen Tatsachen anführen und beweisen muß, an die das Gesetz die Rechtsfolge knüpft" ³⁾.

In gleicher und ähnlicher Weise lauten die Formulierungen der Schriftsteller für das Gebiet des Zivilprozesses ⁴⁾. Baumbach-Lauterbach ⁵⁾ fordern knapp: "Jede Partei muß die Tatsachen beweisen, aus denen sie Rechte herleitet", während Stein-Jonas-Schönke ⁶⁾ allgemein sagen, daß diejenige Partei die Beweislast für eine Tatsache trage. "die an ihrer Berücksichtigung im Urteil interessiert ist".

Rosenberg ⁷⁾ endlich formuliert: "Diejenige Partei, deren Prozeßbegehren ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind", oder kürzer: "jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm

1) So ROSENBERG, Beweislast S. 98.

2) RG Wam. Rspr. 1910 Nr. 237.

3) Inhaltlich übereinstimmend mit dieser Grundregel des RG der BGH v. 8.11.1951 = BGHZ 3, 343 ff. (346):.. "hat nach deutschem Recht derjenige, der eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, diejenigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die kraft Gesetzes den Schluß auf die begehrte Rechtsfolge zulassen".

4) FÖRSTER-KANN ZPO 4 c, bb zu § 282, WIECZOREK, ZPO II. Bd. Teil I E III a zu § 282: "Der, welcher einen Anspruch behauptet, hat - bei Bestreiten des Gegners - die für sein Bestehen erforderlichen Tatsachen .. zu beweisen..", ZÖLLER, ZPO zu § 282: "Behauptet eine Partei Tatsachen, aus denen sie Rechte herleitet, so muß sie diese beweisen".

5) ZPO Anhang 2 zu § 282.

6) ZPO I Anm. IV 1 zu § 282.

7) Beweislast S. 98; ähnlich NIKISCH, ZPO S. 319.

(= derjenigen Norm, deren Rechtswirkung ihr zugute kommt) zu behaupten und zu beweisen".

Es ist unschwer zu erkennen, daß Rosenberg seine Formulierung aus dem Zusammenhang mit der Lehre von der Rechtsanwendung gefunden hat. Wie gezeigt ¹⁾ darf der Verwaltungs- und Zivilrichter einen Rechtssatz nur dann anwenden, wenn er von dem Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen positiv überzeugt ist. Unterbleibt die Anwendung wegen einer Zweifelhaftheit auf der tatsächlichen Seite, so trifft notwendigerweise eine der Parteien der Nachteil hiervon in Form der Beweislast. Dabei trifft die Beweislast zwangsläufig die Partei, der die Anwendung der Norm zugute gekommen wäre.

§ 13: Die Grundregel der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß

Hält man sich diesen Zusammenhang vor Augen, so leuchtet ein, daß auch für den Verwaltungsprozeß die Grundregel der Beweislastverteilung in ganz ähnlicher Weise wie für den Zivilprozeß lauten muß. Auch im Verwaltungsprozeß wendet der Richter Rechtssätze an. Auch hier sieht er sich vor die Frage gestellt, ob er einen Rechtssatz anwenden darf, wenn eine seiner tatsächlichen Voraussetzungen trotz aller von Amts wegen versuchter Aufklärung zweifelhaft geblieben ist. Auch im Verwaltungsprozeß kann die Antwort nicht anders lauten als für den Zivilprozeß. Denn es ist, wie gezeigt ²⁾ letztlich ein Gebot des Rechtsprinzips und eine selbstverständliche Voraussetzung, von der der Gesetzgeber ausgegangen ist, daß ein Rechtssatz nur dann angewendet werden darf, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen zweifelsfrei vorliegen.

Jedoch ist zu berücksichtigen, daß wegen der den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsmaxime eine Behauptungslast und eine subjektive Beweislast der Parteien grundsätzlich nicht besteht ³⁾. Daher können die für die Beweislastverteilung im Zivilprozeß gefundenen Formulierungen insoweit nicht übernommen werden, als sie Hinweise auf die im Zivilprozeß vorhandene Behauptungs- und Beweisführungslast enthalten, also z.B. Wendungen wie "hat zu beweisen" und "hat zu behaupten" ⁴⁾.

Des weiteren ist zu berücksichtigen, daß bei der Suche nach einer für alle Klagarten des Verwaltungsprozesses, also auch für den Anfechtungs-

1) Seiten 20/21.

2) Seiten 23/24.

3) Vgl. Seiten 7/8.

4) Diese Forderung erhebt auch HOFFMANN, Beweislast S. 605; ähnlich RUCKRIEGEL, Beweislast S. 535 (r. Sp. oben).

prozeß, geltenden Regel über die Verteilung der Beweislast den Eigenarten des Verwaltungsprozesses, insbesondere des Anfechtungsprozesses, Rechnung zu tragen ist. Deshalb kann z.B. die von Rosenberg gelegentlich ¹⁾ gegebene Formulierung: "Der Kläger hat die Voraussetzungen desjenigen Satzes als im tatsächlichen Geschehen verwirklicht zu beweisen, auf welchen er seinen Klageantrag stützt, also die Voraussetzungen der rechtsbegründenden Norm", nicht in dieser Form für den Verwaltungsprozeß übernommen werden. Dieser Satz erklärt sich daraus, daß im Zivilprozeß, soweit ein Leistungsurteil erstrebt wird, der Kläger sich auch materiell in der Offensive befindet, d.h. sein Prozeßbegehren auf einen rechtsbegründenden Rechtssatz, z.B. auf § 433 II BGB (Zahlung des Kaufpreises) stützt.

Demgegenüber befindet sich der Kläger im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß in der Regel materiell in der Defensive, indem er sich gegen einen Eingriff des Staates in seine Rechtssphäre wehrt ²⁾. Das ist der Grund weshalb, wie noch zu zeigen ist, in Anfechtungsprozessen die Beweislast häufig, wenn auch nicht immer, die beklagte Behörde trifft.

Geltung für den gesamten Verwaltungsprozeß kann demnach nur eine hinsichtlich der Kläger- und Beklagten-Position indifferente Formulierung beanspruchen ³⁾. Damit wird gleichzeitig dem Umstand Rechnung getragen, daß die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß von der Kläger- oder Beklagtenstellung im Prozeß unabhängig ist. Diese Forderung ist eine Folge aus der Erkenntnis, daß die Beweislastverteilung in engem Zusammenhang mit der Lehre von der Rechtsanwendung steht, daß also ein Rechtssatz schon dann nicht angewendet werden darf, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen trotz versuchter umfassender Sachaufklärung zweifelhaft geblieben sind. Hält man sich diesen Zusammenhang vor Augen, so wird deutlich, daß es für die Frage, wen der Nachteil trifft, wenn ein Rechtssatz nicht angewendet wird, wen also die Beweislast trifft, nicht darauf ankommen kann, welche Partei sich in der Rolle des Klägers oder Beklagten befindet.

Daß für die Frage der Beweislastverteilung weder die Stellung als

1) ROSENBERG, Beweislast 105 (unten); ähnlich und deshalb ebenfalls für den Verwaltungsprozeß unanwendbar, die Formulierung auf S. 119: "... daß jede Partei die Voraussetzungen des ihren Antrag begründenden Rechtssatzes zu behaupten und zu beweisen habe".

2) Hierauf wies bereits SCHULTZENSTEIN, Beweislast S. 434 für Anfechtungsklagen nach dem prLVG hin; ebenso heute DAHLINGER, Beweislast S. 8 und RUCKRIEGEL, Beweislast 535.

3) So auch RUCKRIEGEL, Beweislast S. 535.

Kläger noch als Beklagter entscheidet, ist bereits für das preußische Verwaltungsstreitverfahren frühzeitig erkannt worden ¹⁾. Auch im heutigen Schrifttum ²⁾ und der neueren Rechtsprechung ³⁾ wird dieser Standpunkt ebenso wie im Zivilprozeß ⁴⁾ ganz überwiegend vertreten.

Eine weitere wichtige bereits früh gewonnene ⁵⁾ Erkenntnis ist in diesem Zusammenhang, daß die Beweislastverteilung dem materiellen Recht zu entnehmen ist, im Verwaltungsprozeß also dem materiellen Verwaltungsrecht. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, daß der Verwaltungsrichter, außer wenn es sich um prozessuale Vorfragen handelt, materielles Verwaltungsrecht anwendet, gegebenenfalls also bei nicht behebbaren Zweifeln an dem Vorliegen einer rechtserheblichen Tatsache von der Anwendung eines bestimmten materiellen Verwaltungsrechtssatzes absieht und damit nach der Beweislast entscheidet. Behält man diesen Zusammenhang im Auge, so wird klar, daß sich die Beweislastverteilung nach "der Bedeutung des materiellen Begehrens" richtet ⁶⁾. Auch diese Ansicht hat sich heute für den Verwaltungs-

1) Vgl. die Nachweise auf Seite 18 Note 3.

2) GELLRICH, Beweislast S. 176; TIETGEN, Anm. in DVBl. 1956 S. 685. DAHLINGER, Beweislast S. 8, HOFFMANN, Beweislast S. 605, BACHOF, Rechtsprechung S. 377; MENDER, Rechtsprechung S. 282; RUCKRIEGEL, Beweislast S. 533.

3) Besonders deutlich das BSozG in seiner Entscheidung vom 24.10.1957 = NJW 1958, 39 ff. (40): "Jedenfalls hat die Stellung des Beteiligten im Verfahren als Kläger oder Beklagter auf die Verteilung der objektiven Beweislast keinen Einfluß".

4) Z. B.: BGH v. 18. 5. 1955 = BGHZ 17, 260; ROSENBERG, Beweislast S. 174; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anhang 2 zu § 282; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Bd. I Anm. IV 3 zu § 282.

5) Vgl. für die preußische Zeit auf Seite 18 Note 2.

6) So MENDER, Rechtsprechung S. 282.

prozeß ganz überwiegend durchgesetzt 1).

Ist demnach die Verteilung der Beweislast von der Parteirolle unabhängig, richtet sie sich vielmehr nach dem materiellen Verwaltungsrecht, so kann sie ebensowenig von der Klagart abhängig sein 2) 3).

Ebensowenig kann die Stellung als Zivilperson oder als Subjekt hoheitlicher Gewalt auf die Beweislastverteilung einen Einfluß haben 4).

- 1) So die Rechtsprechung des BVwG mit Ausnahme des umstrittenen Urteils vom 18. 4. 1956 = NJW 1956, 1214; BVwG v. 9. 12. 1955 = DÖV 1956, 442 = DVBl. 1956, 579, wo von "rechtsbegründenden Tatsachen" die Rede ist, also auf das materielle Recht abgestellt wird; BVwG v. 4. 5. 1956 = DVBl. 1956, 685, wo die Verteilung der Beweislast mit dem Ausnahmecharakter der (materiell-rechtlichen) Vorschrift des § 15 VI WohnrBewG begründet wird; BVwG v. 3. 4. 1957 = NJW 1957, 1489/90 = DVBl. 1957, 865 = E 5, 31, wo auf den Ausnahmecharakter des Art. 11 II GG hingewiesen wird; BVwG v. 9. 10. 1957 = ZMR 1958, 242 = Recht in Ost und West 1958, 83/84 = DÖV 1958, 59/60, wo von Tatsachen die Rede ist, die den "Anspruch des Klägers" "begründen".
BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, 39/40, wo von der "dem materiellen Versorgungsrecht zu entnehmenden Beweislast-norm" die Rede ist; OVG Berlin v. 17. 12. 1954 = ZMR 1955, 247 ff. (249), wo gefordert wird, daß die Verteilung der Beweislast "an sich dem materiellen Recht entnommen werden" muß; Württ.-Bad. VGH v. 7. 2. 1952 = VRspr. Bd. 6, S. 71 Nr. 14 = DÖV 1952, 727; VGH Stuttgart v. 12. 11. 1954 = VRspr. 8, 257, wo zum Zwecke der Beweislastverteilung auf § 7 I HandwO zurückgegriffen wird. Im Schrifttum: GELLRICH, Beweislast S. 176; TIETGEN, Anm. in DVBl. 1956, S. 684 (r. Sp.), DAHLINGER, Beweislast S. 8; HOFFMANN, Beweislast S. 605; RUCKRIEGEL, Beweislast S. 533.
- 2) Schon das ProVG v. 20. 3. 1893 = E 28, 208 ff. (215) hat ausgesprochen: "Denn die Feststellungsklage - auch die negative - führt nicht zu einer Veränderung der Beweislast", vgl. für die pr. Zeit im übrigen auf Seite 18; neuestens: TIETGEN in seiner Anm. in DVBl. 1956, 684; DAHLINGER, Beweislast S. 8; HOFFMANN, Beweislast S. 605/606; MENDER, Rechtsprechung S. 282; RUCKRIEGEL, Beweislast S. 535 (1. Sp.).
- 3) Für den Zivilprozeß: ROSENBERG, Beweislast S. 173; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anm. 4 D zu § 256; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Bd. I Anm. IV 5 zu § 256.
- 4) BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1957, 39/40.

Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsprozesses, dem eine Behauptungs- und eine subjektive Beweislast unbekannt sind, sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die dem materiellen Recht zu entnehmende Verteilung der Beweislast von der Parteirolle und der Klagart nicht abhängig ist, ergibt sich die in den Grundgedanken mit der zivilprozessualen Regelung übereinstimmende allgemeine Regel über die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß wie folgt:

Jede Partei trägt die objektive Beweislast für das Vorhandensein aller (auch negativer) Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, der ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde, und zwar unabhängig von der Art der Klage.

Im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht, das bisher, abgesehen vom Anfechtungsprozeß, in mehr kasuistischer Weise zu Problemen der Beweislastverteilung Stellung genommen hat, mehrten sich die Stimmen, die sich für eine Übernahme der im Zivilprozeß anerkannten Grundregel der Beweislastverteilung aussprechen. Besonders das OVG Münster hat die Formel Rosenbergs, auf der die hier vertretene Auffassung im wesentlichen ruht, unter Berufung auf Tietgen ¹⁾, der sich ebenfalls für eine Übernahme der Formulierung Rosenbergs ausspricht, übernommen ²⁾. Dabei geht das Gericht zutreffend davon aus, daß die Grundregel einheitlich für alle Klagarten des Verwaltungsprozesses gilt ³⁾. Die Formel Rosenbergs hält auch Ule ⁴⁾ für geeignet, die Frage nach der Beweislastverteilung, die "entscheidende Frage der Beweislast im Verwaltungsprozeß" ⁵⁾ zu beantworten.

Auch die von Menger ⁶⁾ begrüßte Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 24.10.1957 ⁷⁾ übernimmt im wesentlichen die Grundregel über die Verteilung der Beweislast aus dem Zivilprozeß. Nach Ansicht dieses Gerichts "sind die Folgen der objektiven Beweislosigkeit oder des Nichtfestgestelltseins einer Tatsache von dem Beteiligten zu tragen, der aus dieser Tat-

1) TIETGEN, Anm. in DVBl. 1956, 683 ff. (684 unten).

2) OVG Münster v. 25. 2. 1955 = DVBl. 1955, 670 ff. (672) = E Bd. 10 S. 12; v. 21. 6. 1957 = DVBl. 1958, 64 ff. (65) und v. 19. 10. 1956 = DÖV 1957, 91/92.

3) Die weitere Folgerung des Gerichts, daß bei der Anfechtungsklage idR die Behörde, bei der Vornahmeklage dagegen der Kläger die Beweislast trage, ist jedoch nicht zu halten, vgl. Seiten 99/100.

4) Verwaltungsprozeßrecht S. 543.

5) ULE, aaO.

6) Rechtsprechung S. 282.

7) NJW 1958, 39/40.

sache ein Recht herleiten will", oder klarer: "... welcher der Beteiligten die Beweislast trägt, kann nur denjenigen Normen, deren Anwendung zugunsten eines Beteiligten in Betracht kommt, nicht etwa der Verfahrensordnung schlechthin entnommen werden".

Das OVG Berlin ¹⁾ fordert, daß grundsätzlich derjenige, der aus Tatsachen Rechtsfolgen herleiten wolle, die Tatsachen auch zu beweisen habe, während sich die Formulierung des OVG Hamburg ²⁾ wieder der Formel Rosenbergs nähert, wenn es heißt, "daß derjenige, der sich auf einen gesetzlichen Tatbestand stützt, die Folgen zu tragen hat, daß die Tatbestandsvoraussetzungen nicht nachweisbar sind".

Nach Ansicht Bachofs ³⁾: "... trägt jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Norm" ⁴⁾. Auch hiergegen lassen sich Bedenken nicht erheben. Berücksichtigt man, daß die Frage, ob ein Rechtssatz für einen Beteiligten günstig ist oder nicht, sich danach richtet, ob sich die Anwendung des Rechtssatzes auf das Prozeßbegehren günstig auswirken würde, so bestehen - auch vom Sprachgefühl her - keine Bedenken, einen Rechtssatz, der beispielsweise zu Eingriffen in Freiheiten und Rechte von Zivilpersonen berechtigt, als für den beklagten Hoheitsträger in diesem Sinne günstig zu bezeichnen ⁵⁾.

§ 14: Abweichende Auffassungen

Bedenken erheben sich jedoch gegen die Ansicht des VGH Stuttgart ⁶⁾, wonach durch § 7 II HandWO ⁷⁾ der im Verwaltungsrecht allgemein gültige

1) Urt. v. 17. 12. 1954 = ZMR 1955, 247 ff. (249).

2) Urt. v. 28. 6. 1956 - Bf. II 111/55 - zitiert in der E v. 29. 4. 1958 = DVBl. 1959, 519.

3) Rechtsprechung S. 377.

4) Ähnlich RUCKRIEGEL, Beweislast S. 535: "Wer ein Recht für sich in Anspruch nimmt, trägt die (obj.) Beweislast für die Tatsachen, die sein Recht begründen"; ähnlich auch HOFFMANN, Beweislast S. 605.

5) A. A. DAHLINGER, Beweislast S. 9 Note 19, der die Frage, ob ein Rechtssatz für einen der Beteiligten günstig ist, jedoch nicht anhand des Prozeßbegehrens feststellt.

6) E v. 12. 11. 1954 = VRspr. Bd. 8, 257.

7) § 7 II HandWO lautet: "In die Handwerksrolle wird in Ausnahmefällen ferner eingetragen, wer, ohne den Voraussetzungen des Absatzes 1 zu entsprechen, die zur selbständigen Ausübung des von ihm zu betreibenden Handwerks als stehendes Gewerbe notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten nachweist und hierüber eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 besitzt".

Grundsatz hervorgehoben werde, daß, wenn eine Beweisaufnahme zu keinem Ergebnis geführt habe, dies zu Lasten des eine Vergünstigung Erstrebenden gehe. Diese Ansicht berücksichtigt nicht, daß es im Prozeß auch so liegen kann, daß das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt die den Anspruch einer Zivilperson auf eine Vergünstigung begründenden Voraussetzungen gar nicht bestreitet, sich aber seinerseits auf einen Versagungsgrund beruft. Können die Voraussetzungen dieses Versagungsgrundes nicht zweifelsfrei festgestellt werden, so würde die Beweislast hierfür nicht die Zivilperson, sondern vielmehr das Subjekt hoheitlicher Verwaltung treffen, das sich auf einen die Klagabweisung rechtfertigenden Rechtssatz beruft.

Nicht unwidersprochen kann auch die Auffassung Dahlingers ¹⁾ bleiben. Dahlinger ist zwar der Ansicht, daß "man im übrigen die Beweislastlehre des Zivilprozesses auch im Verwaltungsprozeß entsprechend anwenden" könne, verteilt aber die Beweislast in der Weise, daß grundsätzlich der Kläger die Beweislast nur für die ihn begünstigenden Tatbestände, "vor allem solche, die abweichend von der allgemeinen Rechtssituation Vorteile gewähren", trage, das Subjekt hoheitlicher Gewalt dagegen die Beweislast für alle belastenden Tatbestände, "die eine spezielle Inanspruchnahme des einzelnen gestatten". Diese Auffassung übersieht die Fälle, in denen das beklagte Subjekt öffentlicher Verwaltung der eine Vergünstigung einklagenden Zivilperson gegenüber einen Versagungsgrund - für den das Hoheitssubjekt die Beweislast trägt - geltend macht und in denen sich eine gegen einen Eingriff wehrende Zivilperson auf eine besondere Befreiungsvorschrift beruft, für deren tatsächliche Voraussetzungen sie beweisbelastet ist. Denn am Prozeßbegehren der Parteien gemessen ist im ersteren Fall die Berufung des beklagten Hoheitssubjektes auf den Versagungsgrund die Berufung auf einen günstigen Rechtssatz, während im zweiten Fall die klagende Zivilperson die Anwendung eines ihr günstigen Rechtssatzes, nämlich der Befreiungsvorschrift, erstrebt.

Ähnliche Bedenken erheben sich auch gegen die Auffassung Hoffmanns ²⁾, wonach die Beweislast jeweils die Partei trage, "die aus der nach Verfassung und Gesetz abgegrenzten Eigensphäre heraustritt und ein Recht auf Ausdehnung dieser Eigensphäre geltend macht". Auch Hoffmann erfaßt mit dieser Formulierung nicht die Fälle, in denen sich der Prozeßgegner einem geltend gemachten Recht oder einer Berechtigung gegenüber auf eine Ausnahmevorschrift beruft, für deren Voraussetzungen der Prozeß-

1) DAHLINGER, Beweislast 9.

2) HOFFMANN, Beweislast 605.

gegner als derjenige, der sich darauf beruft, die Beweislast trägt ¹⁾.

Der weitere Versuch Hoffmanns, zu einer Beweislastverteilung anhand der Unterscheidung in befehlende, gestaltende und feststellende Verwaltungsakte zu gelangen, ist nicht geeignet, Grundtatbestände zu liefern, aus denen Regeln für die Verteilung der Beweislast entnehmbar sind. Denn es fehlt diesen Gruppen von Verwaltungsakten an der für die Bestimmung einer Regel erforderlichen Einheitlichkeit der Wirkung in bezug auf die Beweislastverteilung. Hoffmann selbst muß bei den gestaltenden wie bei den feststellenden Verwaltungsakten wiederum zwei Gruppen unterscheiden, in denen einmal der Kläger die Beweislast trage "für die tatsächlichen Voraussetzungen der seinen Anspruch tragenden Grundnorm" zur Erlangung eines begünstigenden, gestaltenden Verwaltungsaktes bzw. für die "normgebundenen, anspruchsbegründenden Tatsachen" bei der Anfechtungsklage gegen einen negativen Festsetzungsbescheid, und in denen andererseits das Subjekt hoheitlicher Gewalt die Beweislast treffe, wenn sie den Bürger einer "einschränkenden Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse unterwirft" bzw. "eine Feststellung zu treffen hat, mit der ein Recht als nicht mehr bestehend deklariert wird" ²⁾.

Krüger ³⁾ wiederum versucht offenbar aus der Unterscheidung zwischen begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten eine Regel für die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß herzuleiten. Wenn die Beweisaufnahme ein "non liquet" ergeben habe, so könne ein belastender Verwaltungsakt nicht ergehen und ein begünstigender Verwaltungsakt nicht erlangt werden.

So verlockend es auf den ersten Blick erscheinen mag, mit Hilfe der im Verwaltungsrecht festumrissenen Begriffe des belastenden und begünstigenden Verwaltungsaktes ⁴⁾ zu einer Beweislastverteilung zu gelangen, so zeigt sich doch bei näherer Betrachtung, daß die Unterscheidung lediglich Anhaltspunkte, jedoch keine umfassende Regel für die Beweislastverteilung geben kann.

Man kann zwar sagen, daß eine Zivilperson die Beweislast trägt hinsichtlich der Voraussetzungen, die ihren Anspruch auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes begründen. Denn dieser Satz steht in Übereinstim-

1) Diese Fälle werden allerdings von der von HOFFMANN, Beweislast S. 605 zunächst gegebenen Formulierung: "Die Ungewißheit geht zu Lasten der Partei, für die sie die Voraussetzung einer günstigen Norm darstellt," gedeckt.

2) Alle Zitate: HOFFMANN, Beweislast S. 606 (r. Sp.).

3) Gesetzgebungstechnik S. 554/555.

4) Zum Begriff: WOLFF, Verwaltungsrecht I § 47 VI a, b.

mung mit der hier vertretenen Auffassung, wonach jede Partei die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes trifft, der ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde. Auch trägt idR ein Subjekt hoheitlicher Gewalt die Beweislast für das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen aus denen sich eine Eingriffsberechtigung in Freiheit und Eigentum ergibt. Denn wendet sich der Betroffene gegen einen solchen belastenden Verwaltungsakt, der nicht in der Versagung einer Vergünstigung besteht, so würde das Prozeßbegehren des beklagten Hoheitssubjektes, nämlich der Klagabweisungsantrag, die Anwendung des den Eingriff rechtfertigenden Rechtssatzes erfordern. Damit ist die Einteilung in belastende und begünstigende Verwaltungsakte zwar geeignet, uns Hinweise für die Verteilung der Beweislast zu geben, sie ermöglicht jedoch nicht die Ableitung einer umfassenden Regel. Denn sie erfaßt nicht die Fälle, in denen sich der Prozeßgegner auf Ausnahmenvorschriften beruft, also z. B. das auf eine Vergünstigung verklagte Hoheitssubjekt auf einen Versagungsgrund und der Anfechtungskläger gegen einen belastenden Verwaltungsakt auf eine Befreiungsvorschrift. Denn in diesen Fällen würde die Beweislast des sich auf die Versagungsvorschrift berufenden Subjektes öffentlicher Verwaltung bzw. der sich auf die Befreiungsvorschrift berufenden Zivilperson nicht danach bestimmt werden können, ob der Streit um die Versagung eines begünstigenden oder den Erlaß eines sonstigen belastenden Verwaltungsaktes geht 1).

Aus der Unterscheidung nach begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten kann demnach eine Grundregel für die Beweislastverteilung nicht hergeleitet werden.

Die Grundregel der Beweislastverteilung kann schließlich nicht lauten, daß "im allgemeinen jede Partei ihre Behauptungen auch zu beweisen" habe 2). Denn der Umfang der Beweislast in bezug auf die Behauptungen

1) DAHLINGER, Beweislast S. 8 Note 15, ist der Ansicht, aus der Unterscheidung zwischen belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten könne schon deshalb kein Anhaltspunkt für die Frage der Beweislastverteilung gewonnen werden, weil sich eine Zivilperson im Prozeß immer gegen einen belastenden Verwaltungsakt wende; auch die Versagung einer Vergünstigung stelle einen belastenden Verwaltungsakt dar. Dieses Argument ist nicht durchschlagend, weil danach unterschieden werden kann, ob eine Zivilperson geltend macht, es hätte statt eines belastenden (die erstrebte Vergünstigung versagenden) Verwaltungsaktes ein begünstigender Verwaltungsakt erlassen werden müssen, oder ob geltend gemacht wird, es hätte überhaupt kein belastender Verwaltungsakt ergehen dürfen.

2) Gelegentlich vom ProVG in Das Recht 1926, S. 681, geäußert.

einer Partei wird nicht durch den Umfang der Behauptungen, sondern durch den Umfang der tatbestandlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes begrenzt, auf den sich eine Partei zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens beruft.

Somit verbleibt es bei der aus dem Zivilprozeß übernommenen Grundregel, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, der ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde.

4. Kapitel : Beweislastverteilung und Verschiedenheit der Rechtsätze

§ 15: Grenzen einer Einteilung der Verwaltungsrechtssätze in rechtsbegründende, rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Rechtssätze

Obgleich die Grundregel der Beweislastverteilung, wie gezeigt, weitgehend anerkannt wird, bestehen in der Praxis der Verwaltungsgerichte nach wie vor weitreichende Unklarheiten über die Handhabung dieser Formel im Einzelfall. Es läßt sich "eine eindeutige Rechtsauffassung, wie die Beweislast zu verteilen ist, noch nicht erkennen" ¹⁾. Wie sich zeigen wird, besteht in der Anwendung der Grundregel auf spezielle Prozeßsituationen eine der Hauptschwierigkeiten der Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß.

Auch für die Lösung dieser Frage wird sich ein Vergleich mit der zivilprozessualen Lösung als fruchtbar erweisen. Die für die Verteilung der Beweislast grundlegende Frage, welche Tatsachen zugunsten des Klägers und welche zugunsten des Beklagten feststehen müssen, ist den Rechtssätzen des materiellen Rechts zu entnehmen. Das objektive Recht aber enthält Rechtssätze, die "sich teils ergänzen und unterstützen, teils entgegenarbeiten, während wieder andere gar keine Berührungspunkte miteinander haben und sich gegenseitig in ihrem Tatbestand und in ihren Folgen ausschließen" ²⁾.

Für den Zivilprozeß unterscheidet man nach ihrer Wirkung rechtsbegründende Rechtssätze; d. h. Rechtssätze, die einen bestimmten Anspruch oder ein bestimmtes Recht gewähren sowie Rechtssätze, die gegenüber rechtsbegründenden Rechtssätzen eine bestimmte Gegenwirkung erzielen. Nach der Art dieser Gegenwirkung im einzelnen die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Rechtssätze.

1) OVG Münster v. 19. 10. 1956 = DÖV 1957, 91/92.

2) ROSENBERG, Beweislast S. 99.

Werden rechtshindernde¹⁾ oder rechtsvernichtende Rechtssätze geltend gemacht, so handelt es sich um Einwendungen, während rechtshemmende Rechtssätze ein Einrederecht²⁾, also ein Leistungsverweisungsrecht, geben³⁾.

Diesen rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Rechtssätzen können wieder andere Rechtssätze entgegnetreten, welche deren Gegenwirkung von Anfang an oder später beseitigen⁴⁾.

Richtet sich somit die Beweislastverteilung nach dem materiellen Recht, so wird dadurch gewissermaßen der Streit über die Beweislastverteilung aus dem einzelnen Prozeß in den "reinen Äther der Rechtsordnung"⁵⁾ gehoben. Aus der Verschiedenheit der materiell-rechtlichen Rechtswirkungen der einzelnen Rechtssatzgruppen folgt, das ist für den Zivilprozeß anerkannt⁶⁾, die Verteilung der Beweislast. Dabei liegt die Schwierigkeit der Verteilung in erster Linie in der Vielfältigkeit der Rechtssätze⁷⁾, die für die Verteilung der Beweislast maßgebend sind. Daß die Anwendung dieser Regel über die Verteilung der Beweislast auf manche Gesetzestatbestände durchaus problematisch sein kann, geht schon daraus hervor, daß sogar im Zivilprozeß bis heute keineswegs alle Zweifelsfragen hinsichtlich der Beweislastverteilung übereinstimmend geklärt sind.

Dennoch würde es für die Frage der Beweislastverteilung im Verwal-

-
- 1) LEONHARD, Beweislast S. 138 ff., 145 ff. leugnet die Existenz rechtshindernder Rechtssätze; ihm ist ROSENBERG, Beweislast S. 132 ff. überzeugend entgegengetreten.
 - 2) Darüber, daß die ZPO den Ausdruck "Einrede" in einem weiteren Sinne gebraucht, s. ENNECCERUS-N. I T. 2 S. 980.
 - 3) ENNECCERUS-NIPPERDEY I. Bd. Teil 2 S. 978; SAUER, Prozeßrechtslehre S. 159-161; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Übers. 3 B vor § 253. Dagegen rechnet ROSENBERG, Beweislast S. 101, Lehrbuch S. 482/483 (ihm folgend WIECZOREK, ZPO II, Bd. Teil 1 E III d 3, E III e zu § 282) zu den rechtshemmenden Rechtssätzen außer den Einrederechten des BGB auch Gestaltungsrechte, räumt jedoch die Möglichkeit ein, die letzteren wegen ihrer Wirkung zu den rechtsvernichtenden Rechtssätzen zu zählen.
 - 4) Z. B. ROSENBERG, Beweislast S. 102.
 - 5) ROSENBERG, Beweislast S. 117.
 - 6) ZB.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO I. Bd. Anm. IV 1 zu § 282; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anh. 2 zu § 282.
 - 7) Zum Hauptrechtssatz sind gegebenenfalls noch Ergänzungsrechtssätze heranzuziehen, ROSENBERG, Beweislast S. 105.

tungsprozeß ein nicht zu unterschätzender Vorteil sein, wenn sich zeigen sollte, daß auch im materiellen Verwaltungsrecht ebenso wie im Bereich des Privatrechts eine Einteilung in rechtsbegründende und rechtsverneinende Rechtssätze nachweisbar ist.

Die für das preußische Verwaltungsstreitverfahren getroffene Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden und rechtsverneinenden Rechtssätzen beschränkte sich auf die Fälle, die eine enge Anlehnung an das bürgerliche Recht ermöglichten, so z.B. beim Streit um verzichtbare vermögensrechtliche Ansprüche und in Gemeindesteuerstreitigkeiten ¹⁾.

In der neueren Verwaltungsrechtsprechung wird von rechtsbegründenden und rechtsverneinenden Vorschriften soweit ersichtlich ausschließlich bei der Frage der Beweislastverteilung innerhalb einer Vornahmeklage gesprochen. Das ist wiederum ein Indiz dafür, daß die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß dort auf die wenigsten Schwierigkeiten stößt, wo die Gestaltung des materiellen Verwaltungsrechts und die Verteilung der Prozeßrollen eine enge Anlehnung an die Beweislastverteilung bei zivilrechtlichen Streitigkeiten ermöglicht. Denn bei der Vornahmeklage liegt es idR ²⁾ so, daß der Kläger, wie auch in der überwiegenden Zahl der Fälle im Zivilprozeß, sich auch materiell in der Offensive befindet, also einen materiellrechtlichen Anspruch geltend macht.

Das OVG Münster ³⁾ hat entschieden, daß bei einer Vornahmeklage zur Durchsetzung eines Wiedergutmachungsanspruches nach dem WGöDG der Vornahmekläger die Beweislast trage, wenn sich diejenigen Tatsachen nicht feststellen lassen, die ergeben, daß er zu dem berechtigten Personenkreis der Verfolgten im Sinne des § 1 WGöDG i. V. m. den §§ 1, 2 BEG ⁴⁾ gehöre. Anders sei jedoch die Rechtslage, wenn sich eine "anspruchsverneinende Tatsache" nicht erweisen lasse, wie z.B. ein Ausschließungsgrund nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ⁵⁾ oder nach

1) Vgl. auf Seiten 15/16.

2) Wenn auch nicht ausnahmslos, vgl. MENDER, Rechtsprechung S. 283.

3) E v. 19.10.1956 = DÖV 1957, 91 f.

4) Die §§ 1, 2 BEG bilden in diesem Fall ergänzende Rechtssätze zu § 1 WGöDG

5) § 8 I Ziff. 1 WGöDG lautet: "Ausgeschlossen von der Wiedergutmachung sind geschädigte Angehörige des öffentlichen Dienstes und ihre versorgungsberechtigten Angehörigen, die

1. Mitglieder der NSDAP oder einer ihrer Gliederungen waren ..".

§ 8 II S. 1: "Die Wiedergutmachung ist ferner ausgeschlossen, wenn eine gleiche Maßnahme aus beamten- oder tarifrechtlichen Gründen, die nicht mit natsoz. Verfolgungsmaßnahmen im Zusammenhang stehen, nach heutiger Rechtsauffassung gerechtfertigt gewesen wäre."

§ 31 WGöDG ¹⁾. Bei einem solchen Ausnahmetatbestand treffe die Beweislast den Beteiligten, der sich darauf berufe ²⁾.

In gleicher Weise verteilt der VGH Koblenz ³⁾ die Beweislast, wenn ausgeführt wird, soweit es sich um die Voraussetzungen des Wiedergutmachungsanspruches handele, treffe die Beweislast den Kläger. Handele es sich dagegen um Tatsachen, die die Entstehung des Wiedergutmachungsanspruches ausschließen oder ihn nachträglich vernichten, so habe dies der zur Wiedergutmachung verpflichtete Dienstherr zu beweisen.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in einigen Entscheidungen das Bestehen von rechtsbegründenden und rechtsverneinenden Vorschriften anerkannt und zur Grundlage der Beweislastverteilung gemacht.

In dem dem Urteil vom 9.10.1957 ⁴⁾ zugrundeliegenden Fall handelte es sich um eine Klage auf Erteilung eines Flüchtlingsausweises gemäß § 3 BVertrG. Der VGH hatte es als erwiesen angesehen, daß die Kläger in einer besonderen Zwangslage im Sinne des § 3 BVertrG gewesen seien, die ihre Flucht ausgelöst habe. Es hatte die Kläger gleichwohl abgewiesen, weil es ungeklärt geblieben sei, ob nicht noch andere Umstände zur Flucht beigetragen hätten. Diese Unklarheit müsse zu Lasten der Kläger gehen. Die Frage, ob derjenige, der einen Ausweis als SBZ-Flüchtling beantragt und das Vorliegen einer Zwangslage im Sinne des § 3 BVertrG zur Überzeugung des Gerichts dargetan hat, auch weiterhin zu beweisen hat, daß außer der als erwiesen angesehenen Zwangslage nicht noch andere Gründe bei der Flucht mitgespielt haben, wird vom Bundesverwaltungsgericht zu Recht verneint. Den Klägern könnten, so wird in der genannten Entscheidung ausgeführt, Unklarheiten nicht zur Last gelegt werden, die ihren Anspruch nur negativ beeinflussen würden und allenfalls rechtsvernichtende Bedeutung hätten. Vielmehr gehe die mangelnde Aufklärungsmöglichkeit hinsichtlich solcher Umstände zu Lasten der Behörde, die sich auf sie berufe, um den nach dem Vortrag der Kläger begründeten Anspruch auf Erteilung der Flüchtlingsausweise abzuwehren ⁵⁾.

1) § 31 WGöD lautet u. a.: "Die Wiedergutmachung kann ganz oder teilweise versagt oder entzogen werden, wenn ..".

2) Ebenso OVG Münster v. 23. 5. 1957 = NJW RzW 58, 234 f.

3) E v. 24. 6. 1952 = E 1, 249 ff. (250).

4) DÖV 1958, S. 59/60.

5) In seiner Entscheidung v. 9. 12. 1955 = DVBl. 1956, 577 ff. (579) = DÖV 1956, 442 hat das BVwG eine Klage auf Erteilung eines Flüchtlingsausweises C an Nichtrückkehrer im Sinne des § 4 BVertrG abgewiesen, weil eine beim Gericht trotz erschöpfender Sachaufklärung verbleibende Ungewißheit über die rechtsbegründenden Tatsachen dem Kläger zur Last fallen.

Lehrreich ist auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.4.1957 ¹⁾, die sich mit dem Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach dem Notaufnahmegesetz, den Voraussetzungen, unter denen dieser Anspruch ausgeschlossen ist, sowie der Beweislastverteilung befaßt. Das Gericht ist zu Recht der Ansicht, daß ein Bewohner der SBZ einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis habe, es sei denn, daß einer der Versagungsgründe des Art. 11 Abs. 2 GG ²⁾ vorliege. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 1 Abs. 1 des Notaufnahmegesetzes dürfe demnach nur dann verweigert werden, wenn einer der Versagungsgründe des Art. 11 Abs. 2 GG vorliege. Wenn sich somit die Verwaltungsbehörde bei der Versagung der Aufenthaltserlaubnis auf diese Aufnahmevorschrift berufe, so gingen etwaige Unklarheiten oder nicht aufzuklärende Umstände zu Lasten der die Notaufnahme verweigernden Behörde.

Statt mit der Terminologie des Gerichts, die Art. 11 Abs. 2 GG als Ausnahmevorschrift bezeichnet, kann man diese Vorschrift im Hinblick auf das durch Art. 11 Abs. 1 GG gewährte Freizügigkeitsrecht bzw. das durch § 1 Abs. 1 des Notaufnahmegesetzes gewährte Recht auf Aufenthaltserlaubnis ³⁾ als rechtshindernde Vorschrift bezeichnen, die unter bestimmten Voraussetzungen dieses Recht ausschließt. Es zeigt sich demnach auch in diesem Fall, daß die Einteilung in rechtsbegründende und rechtsverneinende Rechtssätze bei der Beweislastverteilung maßgebend berücksichtigt wird.

Daß die Verteilung der Beweislast durch das Gericht im vorliegenden Fall richtig ist, beweist im übrigen die Vorschrift des § 4 FreizügG,

1) NJW 1957, 1489/90 = DVBl. 1957, 865 = E 5, S. 31.

2) Art. 11 GG lautet: "Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet.

Dieses Recht darf nur durch Gesetz und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden und in denen es zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist".

3) Nach Ansicht des BVfG v. 7. 3. 1953 = NJW 1953, 1057 f. = E 2, 279 kann § 1 I NotaufnahmG und das dort vorgeschriebene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als verfassungsmäßig nur anerkannt werden, weil bei richtiger Auslegung in jedem Falle im Notaufnahmeverfahren zu prüfen sei, ob einer der in Art. 11 II GG aufgeführten Gründe vorliege.

der Art. 11 GG nachgebildet ist ¹⁾, § 4 FreizügG ²⁾ bürdet durch seine Fassung, wonach die Gemeinde die Abweisungsgründe "nachweisen" muß, dieser die Beweislast für das Vorliegen der Abweisungsgründe auf ³⁾ ⁴⁾.

Auch im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die von der Einteilung der Rechtssätze in rechtsbegründende, rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende als selbstverständlich ausgehen und diese Einteilung für die Beweislastverteilung maßgebend sein lassen, ohne sie auf ein Teilgebiet des Verwaltungsrechts oder eine Klagart zu beschränken ⁵⁾.

Es bleibt jedoch zu prüfen, ob eine Einteilung in rechtsbegründende usw. Rechtssätze zum Zwecke der Beweislastverteilung für das gesamte Verwaltungsrecht möglich ist.

Es ist auffällig, daß das preußische Oberverwaltungsgericht eine Beweislastverteilung mit Hilfe der Einteilung in rechtsbegründende usw. Rechtssätze auf die Fälle beschränkt hat, in denen eine enge Anlehnung an das bürgerliche Recht möglich war sowie, daß in der neueren Rechtsprechung, wie gezeigt, von einer Einteilung in rechtsbegründende usw. Rechtssätze soweit ersichtlich ausschließlich bei Vornahmeklagen gesprochen wird. ⁶⁾

Der Grund hierfür liegt m. E. darin, daß nur in den genannten Fällen die aus zivilrechtlichen Vorstellungen entsprungene Einteilung in rechtsbegründende usw. Rechtssätze für das Verwaltungsrecht übernommen werden konnte. Bei verzichtbaren vermögensrechtlichen Ansprüchen war ein zivilrechtliches Denken in "Ansprüchen" ebenso möglich, wie bei Gemeindesteuerstreitigkeiten, in denen durch spezielle Zuteilung konkreter Rechte und Pflichten eine Angleichung an privatrechtliche Vertragsbeziehungen festzustellen ist und von einem "Steueranspruch" gesprochen werden kann ⁷⁾.

1) MANGOLDT-KLEIN, Komm. Anm. IV 4a zu Art. 11.

2) § 4 I FreizügG lautet u. a.: "Die Gemeinde ist zur Abweisung eines neu Anziehenden nur dann befugt, wenn sie nachweisen kann, daß".

3) So offenbar auch das BVwG aaO.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 33 Vb 10: "behördlich nachzuweisendes Fehlen einer ausreichenden Lebensgrundlage".

5) VAN HUSEN, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 84; V. WERDER-LABS-ORTMANN, VO 165 S. 147; VAN DE SANDT, Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 147; SCHUNCK-DE CLERCK, Rheinl. Pfalz S. 153 Anm. 3 zu § 52; SCHUNCK-DE CLERCK, BundesverwaltungsgerichtsG S. 106; KLINGER, VGVO S. 436 Anm. E zu § 72; DAHLINGER, Beweislast S. 9, jedoch unter Berücksichtigung der "Besonderheiten des Verwaltungsprozesses"; GELL- RICH, Beweislast S. 176.

6) Vgl. Seiten 38-40.

7) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 393.

Ebenso erklärt sich die Tatsache, daß innerhalb von Vornahmeklagen die Einteilung in rechtsbegründende usw. Rechtssätze zum Zwecke der Beweislastverteilung in der neueren Rechtssprechung zu finden ist, daraus, daß mit einer Vornahmeklage idR ein volles subjektives öffentliches Recht ¹⁾ mit Leistungsanspruch geltend gemacht wurde, wodurch eine Annäherung an privatrechtliche Vorstellungen möglich wurde.

Die Begriffe der rechtsbegründenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Rechtssätze passen eben nur, soweit sie subjektive Rechte bzw. Wirkungen kennzeichnen, die die Entstehung von subjektiven Rechten hindern, subjektive Rechte vernichten oder hemmen. Dieser Umstand erklärt sich daraus, daß es sich bei den rechtsbegründenden usw. Rechtssätzen um Begriffe handelt, die zum Zwecke der Beweislastverteilung im Zivilprozeß, in dem der Streit idR um subjektive Rechte geht, entwickelt wurde.

Während das subjektive Recht der zentrale Begriff des Privatrechts ist, läßt das Verwaltungsrecht, wie überhaupt das öffentliche Recht, nur begrenzt die Annahme voller subjektiver Rechte zu.

Die Funktion des subjektiven Rechts und das Denken in "Ansprüchen" läßt nach, je weiter ein Ordnungsgebiet bestimmter Lebensfragen sich in den Bereich überwiegenden Allgemeininteresses verlagert und "statt der Privatisierung des Einzelwillens im subjektiven Recht die Zentralsteuerung verwaltungsmäßiger Normierung und Zuweisung erfährt" ²⁾.

Außer von subjektiven öffentlichen Rechten der Zivilpersonen spricht man nur ausnahmsweise auch von einem vollen subjektiven öffentlichen Recht, wenn es einem Träger öffentlicher Gewalt gegen Subjekte hoheitlicher Gewalt zusteht ³⁾. Im übrigen sind die subjektiven Rechte der Subjekte hoheitlicher Gewalt ihre "Zuständigkeiten", nämlich Berech-

1) Zum Begriff: WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 III d 1.

2) ESSER, Grundbegriffe S. 159; andererseits darf jedoch nicht verkannt werden, daß ein Merkmal gerade des modernen Verwaltungsrechts auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge eine Häufung von vollen subjektiven Rechten mit Leistungsanspruch gegen Hoheitsträger ist; dieser Umstand ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Richtigkeit der Ausführungen Essers.

3) Z.B. wegen Art. 28 II GG, Art. 78 nVf; vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 III d 1.

tigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung zugleich 1).

Deshalb kann man z.B. nicht von einem subjektiven Recht des Staates auf polizeimäßiges Verhalten des Einzelnen sprechen 2). Ebenso wenig kann man sagen, daß im Prozeß das beklagte Hoheitssubjekt, das das Vorliegen einer polizeilichen Gefahr behauptet, sich auf einen "rechtsbegründenden" Rechtssatz berufe.

Deshalb kann die Einteilung in rechtsbegründende, rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Rechtssätze nur soweit Geltung beanspruchen, als subjektive Rechte bzw. deren Ausschluß oder Hemmung geltend gemacht werden 3). In allen übrigen Fällen ist eine Übernahme dieser Einteilung zum Zwecke der Beweislastverteilung nicht möglich.

Somit stellt sich die Aufgabe, Gruppen von Rechtssätzen zu charakterisieren, die für das gesamte Verwaltungsrecht Gültigkeit haben und deren Zweck in einer Erleichterung der Anwendung der Grundregel der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, dessen Anwendung ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde, auf "die besonderen Verhältnisse des Verwaltungsprozesses" 4) besteht.

§ 16: Berechtigende Rechtssätze und Rechtssätze mit Gegenwirkung

Hoffmann 5) versucht eine Unterscheidung von Rechtssatzgruppen herbeizuführen, indem er zum Zwecke der Beweislastverteilung darauf abstellt, welche Partei jeweils aus der nach Verfassung und Gesetz abgegrenzten Eigensphäre heraustrete und ein Recht auf Ausdehnung dieser Eigensphäre geltend mache.

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 III d 1; über die Unterschiede der Begriffe der Zuständigkeit und der Kompetenz vgl. WOLFF, Vertretung S. 236/237: Die "Kompetenz" ist als der Gegenstand der Zuständigkeit, als das Zustehende aufzufassen, während unter Zuständigkeit "auch und sogar in erster Linie eine Beziehung bloß organschaftlicher Berechtigungen und Verpflichtungen i. w. S. zur Wahrung für einen anderen" zu verstehen ist.

2) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 393; ESSER, Grundbegriffe S. 154.

3) ROSENBERG, Beweislast S. 34 ist der Ansicht, der Unterschied zwischen rechtsbegründenden und rechtsverneinenden Vorschriften bestehe in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime überhaupt nicht; er kommt jedoch offenbar zu dieser Auffassung im Hinblick auf den Strafprozeß, wie sich aus dem Zusammenhang der zitierten Stelle ergibt.

4) ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543.

5) HOFFMANN, Beweislast S. 606, vgl. auch auf Seite 33.

Den Begriff der Rechtssphäre verwendet auch das Bundessozialgericht ¹⁾. Verlange der Kläger eine Erhöhung der Rente, so trage er die Beweislast für das Vorliegen der Erhöhungsgründe, dagegen die Behörde dann, wenn sie durch eine besondere Maßnahme in die Rechtssphäre des einzelnen eingegriffen habe, wie z.B. beim Versagen der Rente wegen Nichtbefolgung einer Anordnung in bezug auf die Heilbehandlung ²⁾, beim Entzug der Rente wegen Nichterscheinsens zur Untersuchung ³⁾ sowie bei Minderung oder Entziehung der Rente wegen Änderung der Verhältnisse ⁴⁾.

War einerseits der Begriff der rechtsbegründenden Rechtssätze nicht umfassend genug, so fehlt andererseits dem Begriff der Rechtssphäre, mit dessen Hilfe Hoffmann und das Bundessozialgericht die Verteilung der Beweislast vornehmen, die nötige Schärfe.

Eine praktikable Lösung muß versuchen, auf die Verschiedenheit der Rechtswirkungen der Rechtssätze, auf die sich eine Partei zur Begründung ihre Klagebegehrens beruft, abzustellen.

Auf diese Weise wird die Verbindung mit der Grundregel der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen des für sie - gemessen am Klagebegehren - günstigen Rechtssatzes trägt, sowie der Zusammenhang mit der Lehre von der Rechtsanwendung hergestellt.

Ausgangspunkt unserer Untersuchung ist, daß alle Rechtssätze Verpflichtungen oder Berechtigungen betreffen, indem sie diese begründen oder beseitigen oder sonstwie unmittelbar oder mittelbar beeinflussen ⁵⁾.

Wir finden demnach im Verwaltungsrecht Rechtssätze, die eine Berechtigung (ieS) ⁶⁾ gewähren, der idR eine Verpflichtung entspricht, sowie Rechtssätze, die gegenüber anderen Rechtssätzen eine Gegenwirkung erzeugen, indem ihre Rechtsfolge darin besteht, daß sie Berechtigungen oder Verpflichtungen beseitigen oder sonstwie beeinflussen. Hinzu kommen Rechtssätze, die rein definitorischen oder ergänzenden Charakter haben ⁷⁾.

1) E v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, S. 39 f. (40).

2) § 23 BVersOG.

3) § 63 BVersOG.

4) § 62 BVersOG.

5) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1, S. 90.

6) Unter Berechtigung iwS ist jedes Verhalten, das einer Verpflichtung nicht widerspricht und unter Berechtigung ieS die rechtssatzmäßige Rechtsfolge der Verwirklichung eines sie bedingenden Tatbestandes zu verstehen, so WOLFF, Verwaltungsrecht I § 40 IIIa.

7) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1, S. 90.

In einer konkreten Prozeßsituation liegt es daher entweder so, daß eine Partei sich zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens auf einen Rechtssatz beruft, der allein oder in Verbindung mit anderen, ergänzenden Rechtssätzen eine Berechtigung gewährt oder aber auf einen Rechtssatz, der gegenüber einem anderen Rechtssatz eine irgendwie geartete Gegenwirkung entfaltet. Auf die Unterschiede in der Art dieser Gegenwirkung wird noch einzugehen sein.

Da der Begriff der Berechtigung (ieS) auch die Einbeziehung solcher Rechtssätze ermöglicht, auf Grund deren Subjekte hoheitlicher Gewalt "Zuständigkeiten" wahrnehmen, also Berechtigungen und Verpflichtungen zugleich, empfiehlt es sich, den Begriff des rechtsbegründenden Rechtssatzes durch den des "berechtigenden Rechtssatzes" zu ersetzen.

Es wäre jedoch unrichtig, jeden eine Berechtigung einräumenden Rechtssatz in jedem Fall als berechtigenden Rechtssatz in dem hier verwandten Sinne, nämlich zum Zwecke der Beweislastverteilung, zu bezeichnen.

Dabei würde übersehen, daß das Verhältnis der Rechtssätze oft nur relativ zueinander ist, d. h. nur Bedeutung beim Streit um eine bestimmte Berechtigung hat. So ist es z. B. - wie im Zivilrecht ¹⁾ - möglich, daß eine zur Aufrechnung gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Forderung gestellte Gegenforderung in diesem Prozeß eine Gegenwirkung entfaltet, nämlich rechtsvernichtend wirkt, in einem anderen Prozeß, in welchem eine Zivilperson einen Anspruch einklagt, jedoch einem berechtigenden Rechtssatz entspringt.

Die Folge dieser - allerdings nur begrenzten ²⁾ - Relativität des Verhältnisses der Rechtssätze zueinander ist, daß eine Einteilung in berechtigende Rechtssätze und solche mit Gegenwirkung zum Zwecke der Beweislastverteilung stets nur anhand eines konkreten Falles erfolgen kann.

1) Vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 102/103.

2) Einmal wirkt der Relativität des Verhältnisses der Rechtssätze zueinander entgegen, daß ein Rechtssatz mit lediglich negativer Wirkung, z. B. ein die Verjährung aussprechender, in keinem Fall zu einem berechtigenden Satz werden kann; zum andern stehen sich im Verwaltungsrecht - im Unterschied zum Privatrecht - idR rechtlich ungleichwertige Subjekte einander gegenüber, die meist nur je ganz verschiedenartige Berechtigungen oder Verpflichtungen haben können (vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht § 40 I); dieser Unterschied bedingt eine gewisse Starrheit hinsichtlich der Zuordnungssubjekte verwaltungsrechtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen und wirkt damit der Relativität des Verhältnisses der Rechtssätze zueinander entgegen.

Da die berechtigenden Rechtssätze dem materiellen Verwaltungsrecht angehören, kann für die Frage, ob ein Rechtssatz berechtigend ist, nicht auf die Parteistellung im Prozeß, die für die Beweislastverteilung ohnehin nicht maßgebend ist ¹⁾, abgestellt werden.

Das ist auch nicht die Absicht Rosenbergs ²⁾, wenn er - für den Zivilprozeß - ausführt, der Kläger habe "die Voraussetzungen der rechtsbegründenden Norm (nebst den dazugehörigen Ergänzungsnormen), der Beklagte die Voraussetzungen derjenigen Norm, mit deren Hilfe er die Abweisung der Klage zu erreichen sucht, das sind die Voraussetzungen einer rechtshindernden oder einer rechtsvernichtenden oder einer rechtsausschließenden Norm" zu beweisen.

Rosenberg trägt mit dieser Formulierung nur der Situation Rechnung, daß es im Zivilprozeß in der überwiegenden Zahl der Fälle so liegt, daß der Kläger sich auf einen (materiell-rechtlichen) rechtsbegründenden Rechtssatz zur Durchsetzung seines Klagebegehrens stützt, z.B. einen Kaufpreis einklagt, Rückzahlung eines Darlehens oder Lieferung einer Sache verlangt ³⁾.

Im Verwaltungsprozeß kann es für die Bestimmung der Frage, ob ein berechtigender Rechtssatz vorliegt, umsoweniger auf die Parteistellung ankommen, als bei Klagen gegen belastende Verwaltungsakte, die einen Eingriff in Freiheiten oder Eigentum darstellen, sich das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt auf einen zum Eingriff berechtigenden Rechtssatz stützen wird, während der Kläger entweder das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Rechtssatzes bestreitet oder sich seinerseits auf Rechtssätze beruft ⁴⁾, deren Rechtsfolge in einer Gegenwirkung besteht.

Ein berechtigender Rechtssatz kann beispielsweise ein volles subjektives öffentliches Recht mit Leistungsanspruch gewähren, er kann aber auch ein Subjekt hoheitlicher Gewalt zu einem Eingriff in Freiheit oder Eigentum berechtigen.

Derjenige, der sich im Prozeß zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens auf einen berechtigenden Rechtssatz beruft, trägt die Beweislast für das

1) Vgl. auf Seite 28.

2) Beweislast S.105/106.

3) Daß es im Zivilprozeß auch anders liegen kann, zeigt das Beispiel der negativen Feststellungsklage, bei der auch ROSENBERG, Beweislast S.174/175 die zur Klagebegründung dienenden Tatsachen als rechtshindernd usw. bezeichnet.

4) Ebenso MENER, Rechtsprechung S.283, wonach aus der Stellung als Kläger noch kein Schluß gezogen werden könne, "ob die Tatsachen, auf denen die Klage beruht, ..rechtsbegründenden oder rechtsverneinenden Charakter besitzen".

Vorhandensein der rechtssatzmäßigen tatsächlichen Voraussetzungen.

Demnach wird ein beklagtes Subjekt öffentlicher Verwaltung idR dann die Beweislast zu tragen haben, wenn es sich zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens auf einen zu Eingriffen in Freiheit oder Eigentum berechtigenden Rechtssatz beruft, während eine Zivilperson regelmäßig dann die Beweislast trifft, wenn sie sich zur Rechtfertigung ihres Klagantrages auf einen berechtigenden, eine Vergünstigung gewährenden Rechtssatz beruft.

Den berechtigenden Rechtssätzen können im Streitfall jedoch Rechtssätze entgegentreten, die eine Gegenwirkung gegenüber dem berechtigenden Rechtssatz entfalten.

Diese Gegenwirkung kann entweder darin bestehen, daß sie die Rechtswirkung des berechtigenden Rechtssatzes von vornherein nicht zur Entstehung gelangen läßt oder bereits entstandene Rechtswirkungen vernichtet, wie die oben ¹⁾ wiedergegebenen Beispiele zeigen.

Die Gegenwirkung kann darüberhinaus darin bestehen, daß sie die Durchsetzbarkeit der Rechtswirkung des berechtigenden Rechtssatzes hemmt. Wenn auch Einreden im bürgerlich-rechtlichen Sinne im Verwaltungsrecht nicht nachzuweisen sind ²⁾, so gibt es doch im Verwaltungsrecht Rechtssätze, deren Wirkung darin besteht, daß sie eine Berechtigung zwar nicht vernichten, jedoch die Durchsetzbarkeit hemmen, ohne die Erfüllbarkeit zu berühren.

Das ist z.B. der Fall bei verwaltungsrechtlichen Vermögensansprüchen, die idR analog § 195 BGB in 30 Jahren der Verjährung (ies)³⁾ unterliegen ⁴⁾.

Der Verschiedenheit der Gegenwirkung entspricht im Zivilrecht die Einteilung in rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Rechtssätze ⁵⁾.

Diese Terminologie würde jedoch im Verwaltungsrecht nicht passen, da, wie gezeigt, der Streit nicht immer um subjektive Rechte geht und dementsprechend die Zahl der Rechtssätze, die die Entstehung von subjektiven

1) Vgl. auf Seiten 38 - 41.

2) W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 223, FORSTHOFF, Lehrbuch S. 178, WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III e 2: die genannten Autoren wollen die Verjährung von Amts wegen berücksichtigt wissen; a. A. SCHULTZENSTEIN, Verjährung S. 18, der das begriffliche Wesen der Verjährung in der "Notwendigkeit der Geltendmachung der Verjährung, und zwar auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts" sah.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III e 2: materiell-rechtlich bedingt durch eine die Rechtsverfolgung hemmende Frist.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III e 2.

5) Vgl. unten Seiten 36/37.

Rechten hindern, solche vernichten oder deren Durchsetzbarkeit hemmen, begrenzt ist.

Rechtssätze, die eine Gegenwirkung gegenüber berechtigenden Rechtssätzen hervorrufen, werden deshalb - neutraler - je nach der Art ihrer Gegenwirkung als rechtsfolgehindernde, rechtsfolgevernichtende und rechtsfolgehemmende Rechtssätze bezeichnet ¹⁾.

Die Frage nach den Kriterien, auf Grund deren die Abgrenzung zwischen berechtigenden Rechtssätzen und solchen mit Gegenwirkung zu erfolgen hat, soll der besseren Verständlichkeit wegen anhand der im folgenden Kapitel gegebenen Beispiele erfolgen.

Wer sich im Prozeß zur Begründung seines Klagebegehrens auf einen rechtsfolgehindernden, - vernichtenden oder - hemmenden Rechtssatz beruft, trägt die Beweislast für das Vorhandensein des rechtssatzmäßigen konkreten Lebenssachverhaltes.

Der Beweislastverteilung auf Grund der Unterscheidung in berechtigende Rechtssätze und solche mit Gegenwirkung kann nicht entgegengehalten werden, daß der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts eine Einteilung der Rechtssätze in berechtigende, rechtsfolgehindernde usw. nicht zum Zwecke der Beweislastverteilung vorgenommen habe.

Es ist zwar richtig, daß in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Verwaltungsgesetze die Fassung der Gesetzestatbestände nicht im Hinblick auf eine Beweislastverteilung im Prozeß gewählt wurde ²⁾, daß also nicht versucht wurde, berechtigende usw. Rechtssätze durch Formulierung und Fassung der Tatbestände so gegeneinander abzugrenzen, daß die vom Ge-

-
- 1) Dabei muß man sich bewußt bleiben, daß die Bezeichnung rechtsfolgehindernd usw. den imperativischen Gehalt (Sinn) im Auge hat, der in einem "Rechtssatz" ausgedrückt ist, also das im Satz ausgedrückte Urteil im logischen Sinn bedeutet (vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b, S. 90 hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Norm und Rechtssatz); deshalb kann von "rechtsfolgehindernden" usw. Rechtssätzen auch dann gesprochen werden, wenn die Rechtslage durch Erlaß eines VA bereits gestaltet ist.
 - 2) Für ältere Verwaltungsgesetze, deren Anwendung durch Subjekte hoheitlicher Gewalt wegen des Enumerativsystems nicht verwaltungsgerichtlich nachgeprüft werden konnte, folgt das schon daraus, daß der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Gesetze nicht an eine spätere verwaltungsgerichtliche Nachprüfung auf Grund der Generalklauseln gedacht haben kann.

setzgeber beabsichtigte Beweislastverteilung zu erkennen ist ^{1) 2)}.

Auch in neueren Verwaltungsgesetzen finden sich Hinweise auf eine Beweislastverteilung nur selten ³⁾.

Hieraus kann jedoch nicht die Unzulässigkeit der Beweislastverteilung auf Grund der Unterscheidung in berechtigende usw. Rechtssätze gefolgert werden.

Nach dem allgemeinen Prinzip der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, der ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde, muß sich auch im Verwaltungsprozeß die Beweislastverteilung nach der Verschiedenheit der Rechtsfolgen der in Anspruch genommenen Rechtssätze richten. Wegen des Zusammenhanges der Beweislastverteilung mit der Lehre von der Rechtsanwendung wird der Umfang der Beweislast bestimmt durch den Umfang der tatbestandlichen Voraussetzungen der im Streit befindlichen Rechtssätze, so daß die Frage, ob und inwieweit selbständige Rechtssätze vorliegen, für die Beweislastverteilung entscheidend ist. Dabei läßt sich die Frage, inwieweit bestimmte Voraussetzungen zu den Tatbestandsmomenten eines bestimmten Rechtssatzes gehören oder bereits zu den Voraussetzungen eines weiteren selbständigen Rechtssatzes gehören, am ehesten anhand einer Einteilung der Rechtssätze nach ihren Rechtswirkungen beantworten.

-
- 1) ProVG v. 26. 9. 1896 = E 30, 250: "Bestimmte Regeln über die Verteilung der Beweislast sind für das Verwaltungsstreitverfahren weder in der angeführten Gesetzesvorschrift, noch anderwärts gegeben".; ebenso: LSozG Berlin v. 14. 9. 1954 = JR 1954, S. 476; FRIEDRICHS, Verwaltungspflege S. 855 führte hierzu aus: "Aber im einzelnen hat der Richter in den sehr sorgfältigen und eingehenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches eine sichere Führung. Im Verwaltungsstreitverfahren fehlt die gesetzliche Führung sowohl in bezug auf die allgemeinen Grundsätze als auch in bezug auf die einzelnen Fälle."; zu Unrecht glaubt daher DAHLINGER, Beweislast S. 9 die Beweislastverteilung allgemein "aus dem Aufbau des gesetzlichen Tatbestandes" entnehmen zu können.
 - 2) Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches sind dagegen bewußt der Forderung nachgekommen, durch die Fassung der Gesetzestatbestände die Eigenschaft eines Rechtssatzes zum Zwecke der Beweislastverteilung kenntlich zu machen, vgl. die zahlreichen Beispiele bei ROSENBERG, Beweislast S. 126/127.
 - 3) Einzelne Beispiele im folgenden Kapitel.

5. Kapitel: : Beispiele

§ 17: Die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von Berechtigungen durch Zivilpersonen

Bei den im folgenden gegebenen Beispielen handelt es sich zunächst um solche Fälle, in denen berechtigende Rechtssätze von Zivilpersonen zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens geltend gemacht werden.

Berechtigungen von Zivilpersonen (subjektive öffentliche Rechte iWS) liegen dann vor, wenn materielle Gesetze Interessen von Zivilpersonen so bewerten, daß ihretwegen die Verfolgung kollidierender Interessen zurückzutreten hat ¹⁾.

Mit Wolff ²⁾ werden die Berechtigungen unterschieden in die Destination, die verwaltungsrechtlichen Besitzstände und in das volle subjektive öffentliche Recht; letzteres gibt in der Regel einen klagbaren Anspruch ³⁾.

Wer eine Berechtigung geltend macht, ist beweisbelastet hinsichtlich des Vorhandenseins des den rechtsfolgebegründenden Tatbestandsmomenten ⁴⁾ entsprechenden konkreten Lebens Sachverhaltes.

Alle weiteren Tatumstände, die die Berechtigung nur negativ beeinflussen würden, stellen allenfalls die Voraussetzungen von Rechtssätzen dar, die eine Gegenwirkung gegenüber dem berechtigenden Rechtssatz entfalten und gehören demnach zur Beweislast des Prozeßgegners ⁵⁾.

Im folgenden soll zunächst die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von vollen subjektiven öffentlichen Rechten durch Zivilpersonen untersucht werden.

Zu den vollen subjektiven öffentlichen Rechten gehören nach der Einteilung Wolffs ⁶⁾ ihrem Inhalte nach Beherrschungs- und Abwehrrechte, wie z.B. der gesteigerte Sondergebrauch und Freiheitsrechte, sodann Forderungs- insbesondere Leistungsrechte sowie Mitwirkungs- und Gestaltungs-

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 IIIa.

2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 IIIa, S. 213.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 III d 2.

4) Tatbestandsmomente sind rechtsfolgebegründend, wenn sie nicht fehlen können, ohne daß auch die Rechtsfolge entfällt: WOLFF, Verwaltungsrecht I § 36 III b 1.

5) ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543: "Hat der Kläger grundsätzlich einen Rechtsanspruch und entfällt dieser nur dann, wenn bestimmte (negative) Voraussetzungen vorliegen, so trifft die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht ihn, sondern den Bekl. ".

6) Verwaltungsrecht I § 43 III d 6.

rechte.

Wer ein volles subjektives öffentliches Recht geltend macht, kann selbstverständlich nur dann beweislbelastet sein, wenn das von ihm beanspruchte Recht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Soweit Rechte voraussetzungslos gewährt werden, kann von einer Beweislast desjenigen, der sich auf das Recht beruft, keine Rede sein. Das zeigt sich insbesondere am Beispiel der Freiheitsrechte.

Durch das Grundgesetz werden verschiedene subjektive Freiheitsrechte gewährleistet; nur soweit sie an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind, können praktisch Beweislastfragen auftreten.

Wer sich z.B. auf ein nur Deutschen zustehendes Grundrecht beruft, ist beweislbelastet dafür, Deutscher im Sinne des Grundgesetzes zu sein ¹⁾.

Entscheidend für die Frage nach der Möglichkeit von Beweislastentscheidungen sowie für die Frage der Beweislastverteilung ist also, ob und inwieweit Tatbestandsmomente zur Voraussetzung einer Rechtsfolge gemacht sind.

Behält man dies im Auge, so läßt sich auch die schwierige Frage beantworten, wie die Beweislast zu verteilen ist, wenn sich die Voraussetzungen der Kriegsdienstverweigerung "aus Gewissensgründen" nicht erweisen lassen.

Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt:

"Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden."

§ 25 S. 1 WehrpflG lautet:

"Wer sich aus Gewissensgründen der Beteiligung an jeder Waffenanwendung zwischen den Staaten widersetzt und deshalb den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert, hat statt des Wehrdienstes einen zivilen Ersatzdienst außerhalb der Bundeswehr zu leisten."

Während aus der Fassung des § 25 WehrpflG erkenntlich ist, daß Voraussetzung des Rechts zur Kriegsdienstverweigerung eine bestimmte Gewissensentscheidung ist, untersagt Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG die Heranziehung zum Kriegsdienst gegen das Gewissen des Betroffenen.

Aber auch nach Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG ist Voraussetzung des Rechts zur Kriegsdienstverweigerung eine bestimmte Gewissensentscheidung. Es handelt sich bei Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG lediglich um eine sog.

1) Nur Deutschen im Sinne des Art. 116 GG eingeräumte Grundrechte:
Art. 8 I, 9 I, 11 I, 12 I, 16 II S. 1 GG.

"Verpflichtungsnorm" 1), d.h. einen eine Berechtigung einräumenden Rechtssatz, der an die Adresse des Verpflichteten gerichtet ist.

Der Umstand, daß ein berechtigender Rechtssatz an die Adresse des Verpflichteten gerichtet ist, hat keinen Einfluß auf die Beweislastverteilung; der Umfang der Beweislast richtet sich allein nach dem Umfang der rechtsfolgebegründenden Tatbestandsmomente. Daher ist es - entgegen der Ansicht von Tietgen 2) - unerheblich, ob die Vorschriften über die Kriegsdienstverweigerung primär dem Staate untersagen, den Wehrdienst gegen das Gewissen seiner Bürger zu fordern. Entscheidend ist, daß das Recht zur Kriegsdienstverweigerung an die Voraussetzung geknüpft ist, daß sie aus Gewissensgründen geschieht. Kann demnach im Prozeß nicht geklärt werden, ob die Verweigerung des Kriegsdienstes aus Gewissensgründen geschieht, so trifft die Beweislast den Kriegsdienstverweigerer 3).

- 1) Vgl. dazu WOLFF, Verwaltungsrecht I § 40 III a 2: "Berechtigungen werden eingeräumt durch Redewendungen wie 'ist berechtigt', 'darf', 'kann', 'hat Anspruch auf', 'ist unverletzlich' (Berechtigungsnormen) oder an die Adresse des Verpflichteten: 'muß', 'soll', 'kann erteilen', 'darf nicht' u.ä. (Verpflichtungsnormen)."
- 2) Anm. zum Urteil des VII. Senats des BVwG v. 3.10.1958 = DVBl. 1959, 591 ff. (592/593), ebenso noch in seiner Anm. zum Urteil des BVwG v. 24. 7. 1959 = DVBl. 1959, S. 707 f.: Tietgen vertritt die Ansicht, daß die Beweislast die Behörde treffen müsse; sein Hauptargument ist, die Vorschriften über die Kriegsdienstverweigerung stellten primär ein Verbot an den Staat dar; damit setzt sich Tietgen jedoch in klaren Gegensatz zu der von ihm in seiner Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956 = DVBl. 1956, 683 ff. vertretenen Ansicht, wonach auch Tietgen die Grundregel Rosenbergs über die Beweislastverteilung für den Verwaltungsprozeß übernehmen will; ähnlich Tietgen scheint GROß, Betrachtungen S. 367 der Frage, ob Art. 4 III GG primär ein Verbot an den Staat bedeutet, den Wehrdienst gegen das Gewissen seiner Bürger zu fordern, Bedeutung für die Beweislastverteilung beizumessen, weil dies "insbesondere auch für die Frage der 'Beweislast' von Bedeutung sein könnte"; im Ergebnis übereinstimmend mit Tietgen: ARNDT, Das rechtliche Gehör S. 7.
- 3) So neuerdings mit zutreffender Begründung der VII. Senat des BVwG v. 24. 7. 1959 = DÖV 1959, S. 706 f. (707) = NJW 1959, 1792 ff. (1793): "Da das Grundrecht selbst nur unter dieser einschränkenden Voraussetzung gewährleistet ist, muß es zu Lasten des Klägers gehen, wenn sie nicht nachgewiesen ist". In seiner E v. 3.10.1958 = DVBl. 1959, 587 ff. (591) = DÖV 1959, 261 ff. (264) neigte derselbe Senat noch zu der Auffassung, daß die Beweislast die Behörde treffe. Hiergegen bereits SCHEUNER, Anm. zum Ur. v. 3.10.1958 = DÖV 1959, 264 ff. (265) sowie ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 544.

Besonders klar läßt sich die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von vollen subjektiven öffentlichen Rechten am Beispiel der Forderungs- insbesondere Leistungsrechte erkennen.

Zunächst soll von Leistungsrechten die Rede sein, die eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben ¹⁾. Ein solches Recht auf eine vermögenswerte Leistung kann einer Zivilperson insbesondere im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Schuld- und Ausgleichungsverhältnisses zustehen ²⁾.

Daß die klagende Zivilperson auch für das Vorliegen der Voraussetzungen eines negativen Tatbestandsmerkmals beweiselastet sein kann, zeigt sich bei der Geltendmachung eines Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung mit der Behauptung, eine Leistung sei ohne rechtlichen Grund erbracht worden ³⁾.

Eine Ausgleichung ⁴⁾ findet statt bei unmittelbarer Schadenszufügung durch Subjekte hoheitlicher Gewalt, wie z. B. zur Beseitigung der Folgen rechtswidriger, aufgehobener Verwaltungsakte, sowie bei den vom Staate mittelbar verursachten Kriegsfolge- und NS-Schäden auf Grund von Sondergesetzen ⁵⁾.

Da die Fragen der Beweislastverteilung besonders aktuell auf dem Gebiet der Kriegsfolge- und NS-Schäden sind, ist ein näheres Eingehen auf diese Probleme anhand von Beispielen am Platze. Dieses Gebiet regelnde Sondergesetze sind insbesondere das BVersOG, KriegsgefEntschG, HeimkehrerG, LAG, BEG, WGöDG und BVertrG.

Macht ein Kriegsbeschädigter z. B. eine Rente nach dem BVersOG geltend, so trägt er, wie gezeigt, die Beweislast für das Vorliegen der seinen Anspruch auf Rente oder Rentenerhöhung begründenden tatsächlichen Voraussetzungen ⁶⁾. Ist demnach der ursächliche Zusammenhang zwischen Gesundheitsstörung und militärischem Dienst nicht als wahrscheinlich ⁷⁾ festzustellen, so ist die Klage, mit der ein Anspruch verfolgt wird, der das Bestehen

1) Gegenstände subjektiver öffentlicher Leistungsrechte können sein: vermögenswerte Leistungen, die Anerkennung einer Rechtsstellung und die Vornahme einer konkreten Rechtshandlung, vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 IVa.

2) Vgl. dazu WOLFF, Verwaltungsrecht I § 44.

3) Vgl. für das Privatrecht: § 812 BGB.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 44 III.

5) Rechtspolitische Forderungen hinsichtlich der Beweislastverteilung bei Restitutionsansprüchen bei HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, Bd. S. 46.

6) Vgl. auf S.

7) § 1 III BVersOG läßt bereits die Wahrscheinlichkeit genügen; vgl. zu der hierin liegenden Beweiserleichterung unten Seite 14 Note 5.

des ursächlichen Zusammenhanges voraussetzt, als unbegründet abzuweisen 1).

Wer nach dem KriegsgefEntschG eine Entschädigung einklagt, trägt die Beweislast dafür, daß er Kriegsgefangener i. S. des § 2 war und daß er für die behauptete Dauer in ausländischem Gewahrsam festgehalten wurde 2).

Entsprechend ist die Beweislastverteilung in Lastenausgleichssachen.

§ 331 II LAG (Gleichlautend: § 35 II FeststG, § 16 II KriegsgefEntschG) lautet:

"Angaben, die nicht bewiesen oder glaubhaft gemacht sind, werden nicht berücksichtigt."

§ 331 II LAG stellt damit mittelbar auch eine gesetzliche Regelung der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß dar. Denn wenn das Gericht trotz erweiterter Beweismittel 3) zu keiner anderen Beurteilung der Sachlage gelangt, so kann seine Entscheidung nicht anders lauten, als die der zuvor mit der Angelegenheit befaßten Verwaltungsbehörde.

Diese Vorschriften sprechen daher die "Selbstverständlichkeit" 4) aus, daß eine dem Antragsteller bzw. dem Kläger günstige Entscheidung nur dann gefällt werden kann, wenn die entscheidende Stelle von der Richtigkeit der Angaben überzeugt ist 5).

Macht ein Heimkehrer Ansprüche auf Vergünstigungen nach dem HeimkehrerG geltend, so müssen von ihm die seine Ansprüche begründenden Voraussetzungen bewiesen werden. Dazu gehört idR, daß er die Heimkehrereigenschaft im Sinne des § 1 HeimkehrerG besitzt (eines der rechtsfolgebegründenden Tatbestandsmomente). Es ist daher bezeichnend, daß auch der Gesetzgeber in der sprachlichen Formulierung die Beweislastverteilung ausgedrückt hat, wenn er im § 1 VII HeimkehrerG vom "Nachweis .. der Heimkehrereigenschaft" spricht.

Wer einen Anspruch auf Wiedergutmachung nach dem WGöDG geltend macht, trägt, wie gezeigt, die Beweislast für das Vorhandensein der "rechtsbegründenden" Voraussetzungen 6).

1) Entschieden vom BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958, 39/40.

2) So auch DAHLINGER, Beweislast S. 8.

3) Der Ausschluß der eidesstattlichen Versicherung und des Parteieides in Lastenausgleichssachen (§ 330 II LAG, § 34 I FeststG) ist auf das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden beschränkt, BVwG v. 25. 3. 1955 = NJW 1955, 1044.

4) BVwG v. 25. 3. 1955 = NJW 1955, 1044.

5) Daß die Beweislast für die "rechtsbegründenden" Tatsachen in Lastenausgleichssachen den Kläger trifft, wird ausgesprochen in BVwG v. 10. 6. 1955 = NJW 1956, 604; ähnlich BVwG v. 31. 1. 1957 = E 4, 265.

6) Vgl. auf Seiten 38/39.

Gegenstand subjektiver öffentlicher Leistungsrechte kann neben vermögenswerten Leistungen die Anerkennung einer Rechtsstellung (Status) sein.

Vertriebene und Flüchtlinge, die Rechte und Vergünstigungen nach dem BVertrG erstreben, benötigen Ausweise zum "Nachweis ihrer Vertriebenen- oder Flüchtlingseigenschaft" ¹⁾. Wird die Erteilung des Ausweises und die damit implizierte ²⁾ Anerkennung als Flüchtling oder Vertriebener klageweise erstrebt ³⁾, so trägt, wird die Erteilung des Ausweises A (Heimatvertriebener) ⁴⁾ erstrebt, der Kläger die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 i. V. m. § 1 BVertrG, während er die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 1 bzw. 3 oder 4 BVertrG trägt, wenn er die Erteilung des Ausweises B (Vertriebener, der nicht Heimatvertriebener ist) oder C (Sowjetzonenflüchtlinge, die nicht gleichzeitig Vertriebene sind) verlangt ⁵⁾.

Eine der im einzelnen für anerkannte Flüchtlinge und Vertriebene vorgesehene Berechtigung ist z. B., verlangen zu können, nach § 71 BVertrG bei der für den Ort ihres ständigen Aufenthaltes zuständigen Handwerkskammer in die Handwerksrolle eingetragen zu werden. Voraussetzung hierfür ist, daß sie "glaubhaft machen" ⁶⁾, daß sie vor der Vertreibung ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betrieben oder die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen besessen haben. Auch diese Voraussetzung geht daher zur Beweislast des die Eintragung Erstrebenden ⁷⁾.

Erstrebt jemand seine Einbürgerung, so trifft ihn die Beweislast für das Vorhandensein der rechtssatzmäßigen Voraussetzungen, die seinen An-

1) § 15 BVertrG.

2) So WOLFF, Verwaltungsrecht I § 48 II a 6.

3) Die Klagemöglichkeit betont § 20 BVertrG ausdrücklich.

4) Vgl. § 15 II BVertrG.

5) Vgl. hierzu die Entscheidungen des BVwG auf Seiten 39/40.

6) Auch wenn ein Tatumstand lediglich glaubhaft zu machen ist, können Beweislastfragen auftreten; denn daß die Beweisaufnahme nur einen minderen Grad von Überzeugung schaffen soll, hindert daran nichts; darüber hinaus stellt diese Regelung eine Beweislastregel dar, denn damit ist zugleich dem Rechtsanwender die Anweisung gegeben, den Antrag auf Eintragung in die Handwerksrolle abzulehnen, wenn die Glaubhaftmachung nicht erfolgt ist; vgl. für den Zivilprozeß ROSENBERG, Beweislast S. 383.

7) Vgl. dazu allgemein: STRASSMANN-NITSCHKE, BVertrG Anm. 6 zu § 16: "Wenn nach Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten eine behauptete Tatsache nicht in ausreichender Weise bewiesen ist, geht dies zu Lasten des Antragstellers". Dennoch soll eine "Beweislast des Antragstellers im eigentlichen Sinne" nicht gegeben sein !

spruch auf Einbürgerung begründen. So ist z.B. nach § 6 des Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit v. 22.2.1955 (BGBl. I S. 65) auf seinen Antrag hin einzubürgern, wer auf Grund des Art. 116 GG Deutscher ist, ohne die deutsche Staatsangehörigkeit zu besitzen. Die Beweislast dafür, Deutscher im Sinne des Art. 116 zu sein, trifft den die Einbürgerung Verlangenden. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Voraussetzungen des Einbürgerungsanspruches nach den § 9, 11 und 12 des Gesetzes.

Wer die Rechtsstellung eines heimatlosen Ausländers im Bundesgebiet erstrebt, trägt die Beweislast hinsichtlich der im § 1 HAG festgelegten Voraussetzungen, wie sich im übrigen bereits aus der Wortfassung ergibt. Denn § 1 HAG lautet in seinem Abs. 1 u. a.:

"Heimatloser Ausländer im Sinne dieses Gesetzes ist ein fremder Staatsangehöriger oder Staatenloser, der

a) nachweist, daß er der Obhut der Internationalen Organisation untersteht, die von den Vereinten Nationen mit der Betreuung verschleppter Personen und Flüchtlinge beauftragt ist, und

b) ..

c) .. " 1)

Gegenstand subjektiver öffentlicher Leistungsrechte kann auch die Vornahme einer konkreten Rechtshandlung sein.

Wer gemäß § 34a GewO das Bewachungsgewerbe ausüben will, bedarf der Erlaubnis. Diese ist zu versagen, wenn der Nachsuchende nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt oder wenn er die für den Gewerbebetrieb nötigen Mittel nicht "nachweisen" kann. Den Antragsteller trifft demnach die Beweislast dafür, daß er die für den Gewerbebetrieb erforder-

1) Des Zusammenhangs wegen sei auf § 2 FreizügG hingewiesen, der nicht den Erwerb der Staatsangehörigkeit, sondern die aus ihr folgenden Befugnisse zum Gegenstand hat und der lautet: "Wer die aus der Reichsangehörigkeit folgenden Befugnisse in Anspruch nimmt, hat auf Verlangen den Nachweis seiner Reichsangehörigkeit .. zu erbringen." Schon das prOVG v. 18.2.1888 = E Bd. 16, 381 ff. (385) sah in dieser Formulierung eine gesetzliche Beweislastregelung, wenn es ausführte: "Konnte hiernach aber der Klage nur stattgegeben werden, wenn der Kläger den Nachweis seiner Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaat geführt hätte".

lichen Mittel zur Verfügung hat 1) 2).

Die Einzelhandelserlaubnis gemäß § 3 des EinzelhandelsG kann nur erlangt werden, wenn entweder der Unternehmer oder eine sonstige für den Unternehmer handelnde Person die erforderliche Sachkunde "nachweisen" kann. Auch diese Fassung enthält eine Beweislastverteilung, wodurch das Vorliegen der Sachkunde als zur Beweislast des Antragstellers gehörend festgestellt wird 3) 4).

Wer die Erteilung eines Passes gemäß §§ 6 ff. PaßG verlangt, hat nach § 6 II S.1 PaßG "auf Verlangen der .. zuständigen Behörden nachzuweisen," daß er die Voraussetzungen des Art. 116 I GG erfüllt. Den Paßerberwerber trifft also die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 116 I GG in seiner Person, dagegen nicht hinsichtlich der Versagungsgründe nach § 7 PaßG, da sie seinen Anspruch auf Erteilung eines Passes nur negativ beeinflussen würden 5).

- 1) Dagegen trifft den Antragsteller nicht die Beweislast dafür, die zur Führung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit zu besitzen. Denn die Zuverlässigkeit wird vom Gesetz als der Regelfall angesehen, so daß die Ausnahme, nämlich die Unzuverlässigkeit, zu beweisen ist. Diese Fragen sind jedoch noch im Zusammenhang zu erörtern.
- 2) Vgl. v. TUREGG, Lehrbuch S. 227, der das Vorhandensein einer materiellen (obj.) Beweislast damit begründet, daß nach manchen gewerberechtlichen Bestimmungen der Antragsteller Nachweisungen zu erbringen habe.
- 3) Der nunmehr wegen Art. 12 I GG gegenstandslos gewordene § 1 II GastG (so nach der Auffassung des BVwG v. 15. 12. 1953, v. 17. 12. 1953 und v. 14. 12. 1954 = E 1, 48 ff., 54 f., 269 ff.; a. A. WOLFF, Verwaltungsrecht I 2., Aufl. § 33 V b 11) legte dem Antragsteller auf Erteilung einer Schankerlaubnis die Beweislast für das Vorhandensein eines Bedürfnisses auf ("Bedürfnis nachgewiesen ist").
- 4) Während es sich bei den §§ 34a GewO, 3 EinzelhandelsG und § 1 GastG um Vorschriften handelt, die eine behördliche Erlaubnis i. e. S. betreffen, also dem Prinzip der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt unterliegen (vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 48 II a 1), hat KRÜGER, Grundfragen S. 19-23 sowie, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt S. 678 die Beweislastverteilung hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung (Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt) im Auge; die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen "Erlaubnis" trifft den Antragsteller; KRÜGER, Grundfragen S. 22 führt zur Begründung aus: "Wer sich auf eine Ausnahmenvorschrift beruft, der hat die Beweislast für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen".
- 5) Zu § 7 PaßG vgl. noch auf Seite 60.

Häufig ist eine von einer Zivilperson erstrebte Vergünstigung nur auf Antrag zu gewähren, so daß der Antrag als schlichte Willenserklärung eine unter mehreren Bedingungen für die Begründung eines Rechts darstellt 1) 2).

Soweit ein Antrag als rechtsfolgebegründendes Tatbestandsmoment eines berechtigenden Rechtssatzes anzusehen ist, ist es folgerichtig, die Beweislast dafür, ob überhaupt ein Antrag gestellt ist, demjenigen aufzuerlegen, der sich zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines berechtigenden Rechtssatzes beruft.

So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.11.1958 ³⁾ ausgesprochen, daß, wenn nicht geklärt werden könne, ob ein Antrag auf Zahlung von Übergangsgehalt nach dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des GG fallenden Personen gestellt sei, die Beweislast hierfür den Antragsteller treffe, wenn es heißt:

"Unklarheiten darüber, ob der Antrag gestellt ist, gehen allerdings stets zu Lasten des Ast., wenn er sie nicht beseitigen kann."

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, da in dem entschiedenen Fall der Antrag eine unter mehreren Voraussetzungen für das Recht auf Zahlung von Übergangsgehalt war. Denn § 58 II RegG schreibt vor, daß Zahlungen auf Grund des Gesetzes nur auf Antrag gewährt werden.

Handelt es sich dagegen um einen Antrag, dem nur die Bedeutung einer formlosen Anregung zukommt, so können Beweislastfragen nicht entstehen, weil die Frage, ob ein Antrag gestellt wurde, nicht entscheidungserheblich werden kann.

Außer auf Rechtssätze, die volle subjektive öffentliche Rechte gewähren und von denen bisher die Rede war, kann sich im Prozeß eine Zivilperson zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens auf eine Berechtigung berufen, die kein volles subjektives Recht darstellt, sondern lediglich einer Destination oder einem verwaltungsrechtlichen Besitzstand entspringt. Auch in diesen Fällen trägt die sich zur Begründung ihres Klageantrages auf die Berechtigung berufende Zivilperson die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Berechtigung.

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 47 VI b, weist darauf hin, daß begünstigende Verwaltungsakte idR auf Antrag ergehen; derselbe, Verwaltungsrecht I § 36 II b 3 sieht als schlichte Willenserklärungen rechtsgeschäftliche Handlungen iWS an, deren Erklärungsinhalt eine unter mehreren Bedingungen für die Begründung, Veränderung oder Aufhebung einer Pflicht oder eines Rechts ist.

2) Z.B. ist die Gewährung von Fürsorge nicht von einem Antrag abhängig, § 2 I S. 2 RGrunds.

3) NJW 1959, S. 502.

Eine Destination liegt vor, wenn ein Subjekt öffentlicher Verwaltung verpflichtet ist, eine unbestimmte Vielheit von Personen zu begünstigen, die Auswahl des konkret zu Begünstigenden oder die Art der Begünstigung jedoch in seinem Ermessen steht, während ein verwaltungsrechtlicher Besitzstand die Berechtigung bedeutet, ein Interesse so lange und in der Weise zu verfolgen, wie das von dem (zuständigen) Subjekt öffentlicher Verwaltung zugelassen wird 1).

Begehrt z.B. der Kläger mit seiner Klage die Feststellung, daß sein Unfall ein Dienstunfall im Sinne des § 107 DBG (§135 BBG) sei, so begehrt er die Feststellung einer Berechtigung i.S. einer Destination. Denn durch die Ablehnung der Anerkennung eines Unfalls als Dienstunfall wird der Beamte nicht nur hinsichtlich der vermögensrechtlichen Ansprüche nach den §§ 107 ff. DBG (§§ 136 ff. BBG), sondern auch in der Erwartung betroffen, auf Grund der für Dienstunfälle geschaffenen Ermessensrechtssätze Kann-Leistungen zu erhalten. Bei Vorliegen eines Dienstunfalls erweitern sich außerdem die allgemeinen Sorgfaltspflichten des Dienstherrn 2).

Bleibt zweifelhaft, ob ein Dienstunfall vorliegt, so ist die Feststellungsklage abzuweisen, weil die Beweislast den Kläger trifft, der sein Klagebegehren mit dem Vorhandensein einer Berechtigung (Destination) begründet 3).

Entsprechendes gilt, wenn z.B. das Bestehen eines verwaltungsrechtlichen Besitzstandes klageweise festgestellt werden soll.

§ 18: Die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von Rechtssätzen mit Gegenwirkung durch Subjekte hoheitlicher Gewalt

Standen bisher Berechtigungen, die von Zivilpersonen zur Rechtfertigung ihres Klagebegehrens geltend gemacht wurden, im Mittelpunkt der Untersuchungen, so sollen nunmehr Rechtssätze mit Gegenwirkungen, auf die sich Subjekte hoheitlicher Gewalt zur Rechtfertigung ihres Klageabweisungsantrages berufen, bestimmt werden.

Betrachteten wir oben die Voraussetzungen, unter denen einem ehemaligen Kriegsgefangenen Entschädigung gewährt wurde, so bestimmt § 8 KriegsgefEntschG die Versagungsgründe, bei deren Vorliegen eine Entschädigung nicht gewährt wird. Nach § 8 I Ziff. 1 ist die Entschädigung ausge-

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 43 III b, c.

2) Vgl. OVG Lüneburg v. 15.1.1957 = E 11, 425, sowie BVwG v. 28.10.1955 = E 2, 288.

3) Allerdings ist die Beweislastregel des § 107 DBG (§ 135 BBG) zu beachten; vgl. dazu auf Seite 25 Note 3.

schlossen, wenn jemand "der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewaltherrschaft in verwerflicher Weise Vorschub geleistet hat", nach Ziff. 4 für den, der "die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpft" 1).

Für das Vorliegen der Voraussetzungen der Ziff. 1 und 4 trägt die versagende Behörde die Beweislast, weil es sich um Voraussetzungen handelt, die den Entschädigungsanspruch nur negativ beeinflussen, also um Voraussetzungen eines Rechtssatzes mit einer Gegenwirkung 2).

Da bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 KriegsgefEntschG ein Entschädigungsanspruch von vornherein nicht gegeben ist, handelt es sich um einen rechtsfolgehindernden Rechtssatz.

Ebenfalls einen rechtsfolgehindernden Rechtssatz stellt § 11 BVertrG dar 3).

Bleibt also z.B. zweifelhaft, ob der Vertriebene im Vertreibungsgebiet durch sein Verhalten gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat, so muß ihm die eingeklagte Vergünstigung gewährt werden, zumindest kann sie ihm nicht aus diesem Grund verwehrt werden 4).

Ausschließungsgründe, die den Anspruch auf Erteilung eines Passes nicht zur Entstehung gelangen lassen, zählt § 7 PaßG auf (rechtsfolgehindernder Rechtssatz). Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 PaßG

- 1) Ziff. 2, 3 und 5 setzen eine rechtskräftige Verurteilung voraus und kommen deshalb für Beweislastfragen praktisch nicht in Betracht.
- 2) Ebenso HÜBNER, Das Deutsche Bundesrecht, Loseblattsammlung, Arbeits- und Sozialrecht, El. 1 zu § 8.
- 3) § 11 lautet u. a.: "Rechte und Vergünstigungen als Vertriebener kann nicht in Anspruch nehmen, wer
 1.
 2. im Vertreibungsgebiet oder in der sowjetischen Besatzungszone oder im sowjetisch besetzten Sektor von Berlin durch sein Verhalten gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat".
- 4) Ähnlich der Ausnahmetatbestand des § 3 RegG: "Rechte nach Kapitel I dieses Gesetzes haben nicht die in §§ 1 und 2 bezeichneten Personen, die durch ihr Verhalten während der Herrschaft des Natsoz. gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen haben." Daß im Falle der Unauflösbarkeit die zuständige Dienstbehörde die Beweislast hierfür trägt, wird vom OVG Hamburg in der E. v. 29. 4. 1958 = DVBl. 1959, S. 519 ausgesprochen.

trägt die versagende Behörde die Beweislast 1).

Kann demnach nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, daß der Antragsteller die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik gefährden würde, so ist der Paß zu erteilen. Der Paß ist eben nur zu versagen, wenn "Tatsachen die Annahme rechtfertigen", daß einer der Versagungsgründe vorliegt.

Ebenfalls in einem besonderen Paragraphen ist der Ausschließungsgrund enthalten, der den Einbürgerungsanspruch nach § 9 II, bzw. 11 oder 12 des Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit v. 22. 2. 1955 (BGBl. I S. 65)²⁾ an seiner Entstehung hindert.

Die Beweislast für das Vorliegen der Verweigerungsgründe trifft das die Einbürgerung verweigernde Hoheitssubjekt.

Da die Voraussetzungen des berechtigenden und des rechtsfolgehindernden Rechtssatzes gleichzeitig in demselben Augenblick vorhanden sein müssen, der für die Entstehung der Berechtigung maßgebend ist und der rechtsfolgehindernde Rechtssatz sämtliche Tatbestandsmomente des berechtigenden Rechtssatzes voraussetzt und lediglich weitere, rechtsfolgehindernde Momente enthält, ist es oft schwierig, die negativen Voraussetzungen eines berechtigenden Rechtssatzes von den Voraussetzungen eines Rechtssatzes mit Gegenwirkung zu unterscheiden 3).

Anhand einer Gleichung zeigt sich der Unterschied in folgender Weise:

Wenn die Gleichung $a \text{ (Tatbestandsm.)} + (-b) = B \text{ (Berechtig.)}$ ausdrückt, daß das Vorhandensein einer Berechtigung von dem Vorliegen des negativen Tatbestandsmomentes $(-b)$ abhängt, so drückt die Gleichung $-c = -B$ aus, daß ein selbständiger Rechtssatz vorliegt, dessen Rechtsfolge im Ausschluß der Berechtigung besteht.

- 1) DAHLINGER, Beweislast S. 8; v. VIERECK, in "Das Deutsche Bundesrecht", Frankfurt, Sieburg, Fortsetzungswerk in Loseblattform, Staats- und Verwaltungsrecht, Erl. zu § 7 PaßG: "Die bloße Vermutung ist nicht ausreichend. Derartige Tatsachen müssen in der Person des Paßbewerbers gegeben sein. Dabei liegt die Beweislast der Paßbehörde ob. Es kann daher nicht von den Paßbewerbern verlangt werden, den Nachweis zu führen, daß die Versagungsgründe bei ihnen nicht vorliegen".
- 2) § 13 lautet: "Ein Einbürgerungsanspruch nach § 9 Abs. 2, § 11 und § 12 besteht nicht, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik oder eines deutschen Landes gefährden wird".
- 3) ROSENBERG, Beweislast S. 122 für die Unterscheidung zw. rechtsbegründenden und rechtshindernden Rechtssätzen.

Im ersteren Fall trägt die Beweislast für das Vorliegen des negativen Tatbestandsmomentes der sich auf den berechtigenden Rechtssatz Berufende, im zweiten Fall dagegen, wer sich auf den Rechtssatz mit Gegenwirkung stützt.

Bei der Wortfassung des § 13 ("Ein Einbürgerungsanspruch.. besteht nicht") kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es sich bei den Voraussetzungen des § 13 um diejenigen eines selbständigen Rechtssatzes mit Gegenwirkung handelt und nicht etwa um negative Voraussetzungen, die vorliegen müssen, um die Einbürgerung verlangen zu können.

Bei der Frage, ob ein selbständiger Rechtssatz vorliegt, ist nicht entscheidend, daß ein selbständiger Paragraph vorliegt, wie es bei den bisherigen Beispielen der Fall war. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Rechtssatz "in sich die Voraussetzungen einer Rechtswirkung, positiver oder negativer Art" ¹⁾ enthält.

So ist der dem § 13 entsprechende Ausschließungsgrund, der den Einbürgerungsanspruch nach § 6 ausschließt, lediglich in einem durch die Worte "es sei denn, daß" eingeleiteten Halbsatz enthalten ²⁾, während der das Erklärungsrecht zur Erlangung der deutschen Staatsangehörigkeit ausschließende Rechtssatz in einem besonderen Absatz enthalten ist ³⁾.

Aber auch in den beiden letzteren Fällen macht es keine besondere Schwierigkeit, den Charakter dieser Bestimmungen als Rechtssätze mit Gegenwirkung zu bestimmen, und zwar anhand der Wortfassung ("Das Erklärungsrecht besteht nicht", sowie "es sei denn, daß").

Durch die Fassung "es sei denn, daß", eine der Fassungen, mit der das bürgerliche Gesetzbuch idR rechtshindernde Rechtssätze einzuleiten pflegt ⁴⁾, wird hinreichend deutlich, daß es sich bei den durch sie eingeleiteten Voraussetzungen nicht um negative des vorhergehenden Rechtssatzes handelt, sondern um solche eines weiteren selbständigen Rechtssatzes mit einer Gegenwirkung gegenüber dem vorhergehenden Rechtssatz.

1) STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. IV 4 b zu § 282.

2) § 6 I des Gesetzes z.Regl. v.Fragen der Staatsangehörigkeit v.22.2.1955 lautet: "Wer auf Grund des Artikels 116 Abs.1 des Grundgesetzes Deutscher ist, ohne die deutsche Staatsangehörigkeit zu besitzen, muß auf seinen Antrag eingebürgert werden, es sei denn, daß Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß er

3) § 3 V des G lautet u. a.: "Das Erklärungsrecht besteht nicht, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß".

4) Vgl. ROSENBERG, Beweislast S.126.

Die philologische wie genetische Interpretation ¹⁾ ist jedoch im Verwaltungsrecht zum Zwecke der Bestimmung der Beweislastverteilung oft deshalb unzureichend, weil, wie gesagt ²⁾, im Gegensatz zum BGB im Verwaltungsrecht sprachlich eindeutige, zum Zwecke der Beweislastverteilung geschaffene Tatbestände zu den Seltenheiten gehören ^{3) 4)}.

Es müssen deshalb Auslegungskriterien gefunden werden, anhand deren insbesondere der Unterschied zwischen berechtigenden Rechtssätzen und solchen mit einer rechtsfolgehindernden Gegenwirkung getroffen werden kann.

Ein Blick auf das Privatrecht zeigt, daß sich dort das Verhältnis zwischen rechtsbegründenden und rechtshindernden Rechtssätzen fast stets auf das Verhältnis von Regel und Ausnahme zurückführen läßt ⁵⁾.

Mit dieser Auslegungsregel ist es im Privatrecht möglich, auch zu einer Beweislastverteilung bei vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch erlassenen Gesetzen, die sich nicht der gleichen sorgfältigen Fassung der Gesetzestatbestände wie das BGB erfreuen sowie im ungeschriebenen Recht zu gelangen ⁶⁾.

Auch im Bereich des Verwaltungsrechts wird man sagen können, daß immer dann, wenn der Gesetzgeber eine Ausnahme statuiert, es sich um die Voraussetzungen eines selbständigen Rechtssatzes handelt, dessen Rechtsfolge

- 1) Über die verschiedenen Arten der Auslegung vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 28 III c 1, 6.
- 2) Vgl. auf Seite 48.
- 3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 28 IV b 1, bezeichnet die Gesetzessprache im Verwaltungsrecht allgemein als oft uneindeutig.
- 4) Eindeutige Beweislastregeln enthalten z.B. folgende Vorschriften:
§ 4 VwZustG in seinem Abs. 1 S. 2: "... im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Schriftstücks und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen."
§ 293 II S. 4 LAG: "Lebten die Ehegatten am 1. April 1952 getrennt oder waren sie geschieden, so kann jeder der Ehegatten die Hälfte der Hausratenschädigung beanspruchen, es sei denn, daß einer der Ehegatten nachweist, daß er allein Eigentümer des verlorenen Hausrats war."
§ 22 RGrunds: "Die soziale Fürsorge gewährt ihre Hilfe in der Regel nur, wenn die Notlage mit der Dienstbeschädigung oder dem Verluste des Ernährers zusammenhängt; der Zusammenhang wird angenommen, soweit nicht das Gegenteil offenkundig oder nachgewiesen ist."
- 5) ROSENBERG, Beweislast S. 124, NIKISCH, Zivilprozeßrecht S. 320; RG 138, 125, weitere Nachweise aus der Rechtsprechung des RG bei ROSENBERG, Beweislast S. 131 Note 5; BGH v. 21. 2. 1957 = E 23, 359.
- 6) ROSENBERG, Beweislast S. 130.

in einer Gegenwirkung gegenüber dem vom Gesetzgeber ¹⁾ festgelegten Regelfall besteht.

Der Grund hierfür liegt m. E. darin, daß Rechtssätze, die die mittelbar an einer Lebenssituation beteiligten Interessen bewerten, immer nur die typischerweise beteiligten Interessen bewerten ²⁾ und daß im Tatbestand eines Rechtssatzes immer nur der "begrifflich schematisierte Typus eines Lebenssachverhalts" ³⁾ zum Ausdruck gelangt, so daß Ausnahmen hiervon gegebenenfalls durch einen weiteren selbständigen Rechtssatz geregelt werden müssen.

Die Rechtsordnung erscheint damit "als ein Grundstock allgemeiner Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine große Anzahl immer feiner sich verästelnder Ausnahmen" ⁴⁾.

Anhand des so gefundenen Auslegungskriteriums von Regel und Ausnahme läßt sich die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von angeblicher Unzuverlässigkeit oder Ungeeignetheit des Antragstellers, dem eine beantragte Erlaubnis versagt wird, bestimmen.

Wie gezeigt ⁵⁾, gehört zur Beweislast des eine Erlaubnis nach § 34a GewO (Bewachungsgewerbe) oder nach § 3 EinzelhandelsG Erwerbenden das Vorhandensein der erforderlichen Mittel bzw. der notwendigen Sachkunde. Beide Vorschriften sehen eine Versagung der Erlaubnis für den Fall der Unzuverlässigkeit des Antragstellers vor. Da die Unzuverlässigkeit eine Ausnahme darstellt, kann es nicht Aufgabe des Antragstellers sein, seine Zuverlässigkeit zu beweisen, vielmehr trägt das versagende Subjekt öffentlicher Verwaltung die Beweislast für das Vorliegen der Unzuverlässigkeit des Antragstellers ⁶⁾.

Entsprechend trägt das eine beantragte Fahrerlaubnis versagende Hoheitssubjekt die Beweislast für das Vorliegen der Ungeeignetheit zum

1) Gemeint ist die Regel des Gesetzes und nicht die der Erfahrung, vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 125 ff.

2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b 1, S. 90.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 36 IIIa.

4) So FITTING, Grundlagen S. 40, vgl. auch ROSENBERG, Beweislast S. 99/100.

5) Vgl. unten Seiten 56/57.

6) Ungenau und zu allgemein: FRIEDRICHS, Streitverfahren S. 364 Note 28; "Aber die Behörde muß die Tatsachen beweisen, wegen deren ein Gewerbeschein versagt werden soll". DAHLINGER, Beweisl. 8 zu § 2 GastG.

Führen von Kraftfahrzeugen ¹⁾). Dieser Beweislastverteilung entspricht auf dem Gebiete des Privatrechts in etwa der Umstand, daß derjenige, der sich auf den rechtshindernden Rechtssatz des § 104 BGB (Geschäftsunfähigkeit) beruft, diese Ausnahme zu beweisen hat.

Das Verhältnis von Regel und Ausnahme ist darüberhinaus nicht nur geeignet, zwischen berechtigenden und rechtsfolgehindernden Rechtssätzen eine Unterscheidung zu treffen, sondern gibt auch ein Unterscheidungsmerkmal zwischen rechtsfolgehindernden Rechtssätzen und solchen, die ihrerseits gegenüber den rechtsfolgehindernden Rechtssätzen eine Gegenwirkung entfalten (sog. "Hinderungs-hindernde" Rechtssätze) ²⁾.

Hierzu zunächst ein Beispiel aus dem Bereich des Privatrechts:

Der Bereicherungsanspruch gemäß § 817 BGB hat zur Voraussetzung, daß der Empfänger einer Leistung nach ihrem Zweck gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat (§ 817 S.1; Regelfall). Die Rückforderung ist aber ausgeschlossen, wenn dem Leistenden selbst ein solcher Verstoß zu Last fällt (§ 817 S.2 erster Teil; Ausnahmefall). § 817 S.2 zweiter Teil macht davon die weitere Ausnahme ("es sei denn..."), daß, wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, trotz des beiderseitigen Verstoßes das Recht auf Rückforderung anerkannt bleibt. Diese Ausnahme wieder wird durch einen neuen Rechtssatz beseitigt, falls nämlich die Verbindlichkeit bereits erfüllt ist (§ 817 S.2 Halbsatz 2) ³⁾.

Ein ähnliches Beispiel sich mehrfach entgegengewirkender Rechtssätze zeigt sich im § 12 BVertrG, der lautet:

"Rechte und Vergünstigungen als Vertriebener oder Sowjetzonenflüchtling kann nicht in Anspruch nehmen, wer nach der Vertreibung eine fremde Staatsangehörigkeit erworben hat oder erwirbt

1) So VG Regensburg v.21.1.1958 = NJW 1958, S. 685 zu § 12 StVZO:

"Zweifel an der Geeignetheit genügen nicht. Soll die beantragte Fahrerlaubnis abgelehnt werden wegen Ungeeignetheit, so muß die Ungeeignetheit nachgewiesen werden."

Diese Beweislastverteilung ist angedeutet im § 2 S.2 StVG, wo es "... und nicht ... ungeeignet" anstatt "und geeignet" heißt; die Beweislastverteilung wäre jedoch noch klarer zu erkennen bei folgender Fassung: "Die Erlaubnis... ist zu erteilen, wenn der Nachsuchende seine Befähigung durch eine Prüfung dargetan hat, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß er zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist."

2) ROSENBERG, Beweislast S.102.

3) Vgl. ROSENBERG, Beweislast S.125 mit Nachweisungen aus der Rechtsprechung des RG zu Beweislastentscheidungen im Rahmen des § 817 BGB.

und seine Rechtsstellung als Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes verliert. Dies gilt nicht im Falle des § 1 Abs. 2 Nr. 1, es sei denn, daß die fremde Staatsangehörigkeit nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erworben wird." (Abs. 1)

Behauptet das beklagte Subjekt hoheitlicher Verwaltung, dem Vertriebenen sei die erstrebte Vergünstigung versagt worden, weil er nach der Vertreibung eine fremde Staatsangehörigkeit erworben und seine Rechtsstellung als Deutscher im Sinne des Art. 116 GG verloren habe (§ 12 I S. 1) und beruft sich demgegenüber der Vertriebene darauf, er habe gehandelt, weil aus Gründen politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus oder aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen gegen ihn verübt worden seien oder ihm gedroht hätten (§ 12 I S. 2 Halbs. 1 i. V. m. § 1 II Nr. 1), so würde die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 I S. 1 die Behörde, für das Vorliegen derjenigen des § 12 I S. 2 Halbs. 1 jedoch wiederum den Vertriebenen treffen. Denn die Voraussetzungen des § 12 I S. 2 Halbs. 1 gehören nicht mehr zu den Voraussetzungen des Abs. 1, sondern erfüllen einen selbständigen weiteren (hinderungs-hindernden) Rechtssatz, dessen Rechtswirkung dem klagenden Vertriebenen zugute kommen würde und für die er demnach die Beweislast zu tragen hat. Demgegenüber kann sich das beklagte Hoheitssubjekt wiederum darauf berufen, die fremde Staatsangehörigkeit sei erst nach Inkrafttreten des BVertrG erworben worden (§ 12 I S. 2 Halbs. 2) und damit der "Replik" des Vertriebenen mit einer "Duplik" entgegneten.

Für das Vorhandensein dieser Voraussetzung würde die Beweislast wieder das beklagte Subjekt öffentlicher Verwaltung treffen, weil es sich um Voraussetzungen eines - gemessen am Klagabweisungsantrag - günstigen Rechtssatzes handelt.

War bisher von rechtsfolgehindernden Rechtssätzen, sowie von Rechtssätzen, die ihrerseits rechtsfolgehindernden Rechtssätzen entgegentreten, die Rede, so soll im folgenden anhand einiger Beispiele das Vorhandensein rechtsfolgevernichtender und -hemmender Rechtssätze nachgewiesen und die Beweislastverteilung aufgezeigt werden.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen berechtigenden und rechtsfolgehindernden Rechtssätzen besteht nicht im Verhältnis zu den rechtsfolgevernichtenden Rechtssätzen, weil die Anwendung eines rechtsfolgevernichtenden Rechtssatzes eine bereits entstandene Rechtswirkung beseitigt, der rechtsfolgevernichtende Rechtssatz also zeitlich später in seinen Voraussetzungen erfüllt wird.

Einen rechtsfolgevernichtenden Rechtssatz stellt z.B. § 13 I S.1 BVertrG dar:

"Rechte und Vergünstigungen als Vertriebener oder Sowjetzonenflüchtling nach diesem Gesetz kann nicht mehr in Anspruch nehmen, wer in das wirtschaftliche und soziale Leben in einem nach seinen früheren wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen zumutbaren Maße eingegliedert ist."

Wer den Beendigungsgrund des § 13 I S.1 geltend macht, trägt die Beweislast für das Vorliegen seiner Voraussetzungen.

Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der Zeitablauf.

Wer sich auf eine den Rechtsverlust begründende Frist ("Verschweigung" oder "gesetzliche Verwirkung") ¹⁾ beruft, trägt die Beweislast für das Vorhandensein der rechtssatzmäßigen Voraussetzungen.

So erlischt z.B. eine Gewerbe genehmigung, wenn der Betrieb in Friedenszeiten 3 Jahre lang eingestellt war, ohne daß der Inhaber eine Fristung erhalten hatte ²⁾.

Der Zeitablauf kann sich auch auf die Rechtsverfolgung beziehen (Rechtsverfolgung vernichtende Fristen) ³⁾. Während die verfahrensrechtlich bedingten Ausschlußfristen an anderer Stelle behandelt werden sollen, interessieren an dieser Stelle die materiellrechtlich bedingten, die Rechtsverfolgung vernichtende Fristen ("Verwirkung ieS") ⁴⁾.

Wer sich z.B. auf den Rechtssatz über die Verwirkung von Ansprüchen, der aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben abgeleitet ist ⁵⁾, beruft, trägt die Beweislast hinsichtlich der Verwirkungsvoraussetzungen.

Soweit im Verwaltungsrecht Verzicht, Anfechtung, Aufrechnung oder die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung zulässig sind, ist die Beweislast entsprechend dem Privatrecht zu verteilen. Wer sich auf das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen eines dieser rechtsfolgevernichtenden Rechtssätze beruft, trägt dafür die Beweislast ⁶⁾.

Auch rechtsfolgevernichtenden Rechtssätzen können wiederum

1) WOLFF, VR I § 37 III d 1; § 49 III GewO.

2) WOLFF, VR I § 37 III d.

3) WOLFF, VR I § 37 III e.

4) WOLFF, VR I § 37 III e 1.

5) WOLFF, VR I § 25 I b.

6) Auf diese rechtsfolgevernichtenden Rechtssätze können sich neben Hoheitssubjekten auch Zivilpersonen berufen.

Rechtssätze mit Gegenwirkung entgegentreten 1).

Rechtsfolgehemmende Rechtssätze endlich sind insbesondere die Verjährungsvorschriften. Wer sich auf den Eintritt der Verjährung beruft, trägt die Beweislast für das Vorhandensein der Verjährungsvoraussetzungen.

Den rechtsfolgehemmenden Rechtssätzen wiederum können Rechtssätze entgegentreten, die ihrerseits gegenüber den rechtsfolgehemmenden Rechtswirkungen eine Gegenwirkung entfalten. Wer die Hemmung der Verjährung gemäß § 207 BGB geltend macht oder mit der Begründung, er sei innerhalb des letzten halben Jahres der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt gehindert gewesen, den Anspruch zu verfolgen oder vorträgt, die Verwaltungsbehörde habe mit seinem Einverständnis Erhebungen zur Aufklärung des Sachverhaltes angestellt 2) trägt die Beweislast für das Vorhandensein der jeweiligen rechtssatzmäßigen Voraussetzungen. Entsprechendes gilt, wenn die Unterbrechung der Verjährung behauptet wird 3). Denn in diesen Fällen handelt es sich um die Berufung auf selbständige Rechtssätze, die eine - gemessen am Klagebegehren des die Hemmung oder Unterbrechung Geltendmachenden - günstige Wirkung entfalten.

§ 19: Die Beweislastverteilung bei der Berufung auf berechtigende Rechtssätze durch Subjekte hoheitlicher Gewalt sowie bei der Geltendmachung von Rechtssätzen mit Gegenwirkung durch Zivilpersonen

Anstatt auf rechtsfolgehemmende usw. Rechtssätze wird sich ein beklagtes Subjekt öffentlicher Verwaltung im Prozeß zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens häufig auf - meist zu Eingriffen - berechtigende Rechtssätze berufen.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung bei Streitigkeiten im gemeindlichen Abgabenrecht läßt sich allgemein sagen, daß der Gläubiger einer öffentlich-rechtlichen Abgabe die Grundlage der Verpflichtung des Betroffenen

1) Durch § 1 I des G über die Aufhebung kriegsbedingter gewerberechtl. Vorschriften v. 9.2.1953 (BGBl. I S.19) ist die VO v. 9.10.1940, wonach für die Berechnung der Fristen im Sinne des § 49 die Zeitdauer des Krieges nicht in Ansatz zu bringen war, aufgehoben u. bestimmt worden, daß die wieder in Lauf gesetzten Fristen grundsätzlich am 15.2.1954 enden. Hier von wiederum Ausnahmen enthält § 1 II Ziff. 1 - 3 des G für Gewerbetreibende, die sich unfreiwillig außerhalb des Gebietes der deutschen Gerichtsbarkeit aufhalten.

2) Vgl. WOLFF, VR I § 37 III e 2.

3) WOLFF, VR I § 37 III e 2.

dieser dagegen seine Abgabefreiheit nachzuweisen hat ¹⁾. Wer sich auf seine Abgabefreiheit beruft, macht einen rechtsfolgehindernden Rechtssatz geltend, für dessen rechtssatzmäßige Voraussetzungen er demnach die Beweislast zu tragen hat.

Auch hier zeigt sich die Bedeutung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme für die Beweislastverteilung: Wer die Befreiung von einer öffentlich-rechtlichen Abgabepflicht behauptet, beruft sich auf eine gesetzliche Sonderregelung (Ausnahme), die eine Abweichung von der Gleichbehandlung der Personen vorsieht ²⁾.

Wie gezeigt ³⁾, gewähren berechtigende Rechtssätze, auf die sich Subjekte hoheitlicher Gewalt berufen, nur ausnahmsweise subjektive Rechte, etwa in Form eines "Abgabeananspruches".

Aber auch, wenn Subjekte hoheitlicher Gewalt "Zuständigkeiten" wahrnehmen, muß die Beweislast in Fällen, in welchen nicht geklärt werden kann, ob die tatsächlichen Voraussetzungen eines eine "Zuständigkeit" begründenden Rechtssatzes vorliegen, das beklagte Hoheitssubjekt treffen, das sich auf einen solchen berechtigenden Rechtssatz beruft.

Wird z.B. gemäß § 5 Ziff. 3 VersammlG eine Versammlung mit der Begründung verboten, es seien Tatsachen festgestellt worden, aus denen sich ergebe, daß der Veranstalter oder sein Anhang einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf der Versammlung anstreben, so trifft im Falle der Nichtaufklärbarkeit dieser behaupteten Voraussetzungen die Beweislast das beklagte Hoheitssubjekt ⁴⁾. Zum Verbot einer Versammlung genügen nicht bloße Vermutungen oder Mutmaßungen, sondern es müssen "Tatsachen festgestellt" sein, aus denen sich die einzelnen Verbotsgründe zweifelfrei er-

1) OVG Koblenz v. 29. 9. 1955 = KomSteuerZ 1955, S. 277 = DVBl. 1956, S. 349: "Der Gläubiger einer öffentlich-rechtlichen Abgabe hat die Grundlage der Verpflichtung des Herangezogenen, dieser jedoch seine Abgabefreiheit nachzuweisen." Ebenso SUREN, Gemeindeabgabenrecht S. 167, 168. Darüber, daß diese Beweislastverteilung bereits für das pr. Verwaltungsstreitverfahren anerkannt war, vgl. auf Seite 15.

2) WOLFF, VR I § 28 IV b 4, allerdings ohne Hinweis auf die Beweislastverteilung.

3) Seiten 42/43.

4) Vgl. die ähnliche Entscheidung des proVG 49, 419 ff. (425) zu § 5 VereinsG, die FRIEDRICHS, LVG S. 184 Anm. 28 zu § 76 als Abweichung von der Rechtsprechung ansah, wonach der Betroffene zu beweisen habe, daß die tatsächlichen Voraussetzungen, die die Behörde zum Erlass einer polizeilichen Verfügung berechtigt haben würde, nicht vorlagen.

geben 1) 2).

Wehrt sich, um ein weiteres Beispiel zu nennen, eine Zivilperson gegen eine auf § 14 nVOBG ³⁾ gestützte Ordnungsverfügung, so kann sie im Verwaltungsprozeß ihr Klagebegehren in verschiedener Weise rechtfertigen.

Beschränkt sie sich darauf, das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer ordnungsbehördlichen Gefahr zu bestreiten und kann das Vorliegen einer solchen nicht zur richterlichen Gewißheit geklärt werden, so trägt das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt die Beweislast ⁴⁾. Denn der Klagabweisungsantrag wird mit dem Vorhandensein einer ordnungsbehördlichen Gefahr gerechtfertigt und es handelt sich um die Geltendmachung einer zum Eingriff berechtigenden Vorschrift.

Es kann weiter so liegen, daß das Vorliegen einer Gefahr nicht bezweifelt werden kann, der Kläger sich jedoch darauf beruft, er sei nicht Störer, z.B. weil er die beanstandete Verunreinigung nicht herbeigeführt habe ⁵⁾.

Kann in einem solchen Falle nicht geklärt werden, ob der Kläger die Störung herbeigeführt hat und ist diese Frage entscheidungserheblich,

1) GEEB, Das Deutsche Bundesrecht, Frankfurt, Siegburg, Fortsetzungswerk in Loseblattform, Staats- und Verwaltungsrecht, Er. zu § 5 Ziff. 3 VersammlungG:

".. genügen keine Vermutungen, sondern es müssen Tatsachen vorliegen, aus denen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf den auf-rührerischen oder gewalttätigen Verlauf der Versammlung geschlossen werden kann."

2) Vgl. auch VGH Stuttgart v. 28. 11. 1957 = DÖV 1958, S. 85: "Kann nicht zur vollen richterlichen Überzeugung festgestellt werden, eine kommuna-le Wählervereinigung verfolge im KPD-Urteil des BVerfG für verfas-sungswidrig erklärte Ziele der ehemaligen KPD, so geht dies zu Lasten der Behörde, die die Vereinigung als nach Art. 9 II GG verboten angesehen hat."

3) Entsprechend z.B. § 14 I, § 41 I prPVG, § 14 SOG.

4) Württ. -Bad. VGH v. 7. 2. 1952 = VRspr. 6, 71 Nr. 14; offenbar auch OVG Münster v. 27. 1. 1953 = NJW 1953, S. 1367 f. (1368) = DÖV 1954, S. 219; MÜLLER-HEIDELBERG, SOG S. 164, Anm. 2 zu § 34 SOG:

"Unbestimmtheiten über den Umfang der Gefahr .. müssen zu Lasten der Behörde gehen.."; TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956, DVBl. 1956, S. 684; DAHLINGER, Beweislast S. 8; OELKER, Bauaufsichts-recht S. 101: "Der Beweis, daß es sich um eine illegale Anlage handelt, liegt der Bauaufsichtsbehörde ob."

5) Beispiel von DAHLINGER, Beweislast S. 8.

so unterliegt auch insoweit das beklagte Hoheitssubjekt, weil es die Beweislast trägt 1).

Im vorstehenden Beispiel tritt demnach die Bestimmung des § 17 I nWOBG (Handlungshaftung) als ergänzender Rechtssatz zu § 14 nWOBG. Ergänzt sich aber eine Berechtigung erst aus mehreren Rechtssätzen, die ergänzend nebeneinander treten müssen, so ist der sich auf die Berechtigung Berufende auch beweisbelastet hinsichtlich des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen des ergänzenden Rechtssatzes 2).

Entsprechend dem Beispiel des § 14 nWOBG ist die Beweislast zu verteilen bei der Berufung auf die Vorschrift des § 19 nWOBG (§ 21 prPVG), der die Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen regelt.

So konnte in dem vom OVG Berlin v. 17. 12. 1954 ³⁾ entschiedenen Fall über die Zulässigkeit einer Obdachlosenunterbringung nicht geklärt werden, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des § 21 S. 2 prPVG, wonach die Maßnahmen nach § 21 nur getroffen werden dürfen, soweit oder solange die Polizeibehörde nicht andere zur Beseitigung der Gefahr dienende Maßnahmen treffen kann, vorlagen. Im Ergebnis ⁴⁾ zu Recht wurde die Beweislast der beklagten Behörde auferlegt.

Der Kläger kann sein Klagebegehren jedoch auch in der Weise rechtfertigen, daß er weder das Vorliegen einer Gefahr noch sein Eigentum an der sich im ordnungswidrigen Zustand befindlichen Sache bestreitet, sich jedoch darauf beruft, ein Dritter übe gegen seinen Willen die tatsächliche Gewalt über die Sache aus, § 18 II S. 2 nWOBG 5).

In einem solchen Fall beruft sich der Kläger auf einen selbständigen Rechtssatz, der gegenüber der Eingriffsberechtigung des beklagten Subjektes öffentlicher Verwaltung eine Gegenwirkung auslöst, nämlich die Berechtigung, ihn als Störer in Anspruch zu nehmen, ausschließt.

Kann daher im Prozeß nicht festgestellt werden, ob ein Dritter gegen den Willen des inanspruchgenommenen Eigentümers die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, so trifft die Beweislast den sich auf diese Ausnahmevorschrift, die rechtsfolgehindernden Charakter hat, berufenden

1) Ebenso: DAHLINGER, Beweislast S. 8; FRIEDRICHS, PVG S. 257, Anm. 4 zu § 50.

2) Dazu allgemein ROSENBERG, Beweislast S. 105.

3) ZMR 1955, 247 ff. (249); HANS, WohnrBewG S. 65.

4) Wenn auch nicht in der Begründung; denn § 21 prPVG ist ein berechtigender Rechtssatz, nicht aber eine zur Begründung der Beweislastverteilung dienende "Ausnahmevorschrift", wie das Gericht annimmt.

5) § 20 II S. 2 pr PVG.

Kläger 1).

In gleicher Weise ist die Beweislast zu verteilen, wenn der Adressat einer Ordnungsverfügung ein in seiner Person liegendes tatsächliches Unvermögen geltend macht. Für das Vorliegen dieser Voraussetzung, die eine Ausnahme von der an sich gegebenen Polizei- oder Ordnungspflichtigkeit gewährt, trifft die Beweislast den diese Ausnahme Geltendmachenden 2).

Aufgabe der vorstehend gegebenen Beispiele kann es selbstverständlich nicht sein, ein erschöpfendes, in die Einzelheiten gehendes Bild der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß zu geben.

Die Beispiele sollen lediglich dazu dienen, die Grundgedanken der Beweislastverteilung anhand typischer Fälle zu erläutern.

Man darf sicher sein, daß infolge der fehlenden Kodifizierung eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, der Vielzahl von Verwaltungsgesetzen und ungeschriebenen Rechtssätzen die Beweislastverteilung nicht nur in einzelnen, atypischen Fällen durchaus auf Schwierigkeiten stoßen wird. Hat man sich jedoch die Grundregel der Beweislastverteilung zu eigen gemacht, wonach jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes trägt, dessen Anwendung ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde und bemüht man sich nach den im vorstehenden gegebenen Grundsätzen, die Selbständigkeit der Rechtssätze anhand ihrer jeweils verschiedenen Rechtswirkungen zu bestimmen, so wird es auch im Verwaltungsrecht fast immer möglich sein, zu einer befriedigenden Verteilung der Beweislast zu kommen.

Aufgabe der folgenden Kapitel soll sein, die Beweislastverteilung bei typisch verwaltungsrechtlichen Erscheinungen, nämlich beim Widerruf von Verwaltungsakten und bei Ermessensentscheidungen, zu bestimmen.

1) Ebenso FRIEDRICHS, PVG Erl. 4 zu § 50, wonach der Kläger die Beweislast trage, wenn er behaupte, "Gegen die Regel des § 20 nicht der Polizeipflichtige" zu sein.

2) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 224, der allerdings mit dem ProVG 95, S. 121 den Fall im Auge hat, daß die Verfügung so gefaßt ist, "daß der polizeiliche Auftrag ... seine Erledigung findet, falls der Polizeipflichtige nachweisen kann, daß er von sich aus alles getan hat, um ihm Genüge zu leisten".

6. Kapitel : Beweislastverteilung, unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen

§ 20: Beweislast und unbestimmte Gesetzesbegriffe

Die Gebundenheit von Verwaltungsorganen an "Gesetz und Recht" ¹⁾ ist dann am stärksten, wenn das zuständige Verwaltungsorgan beim Vorliegen eines dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden konkreten Lebenssachverhaltes eine gesetzlich eindeutig bestimmte Rechtsfolge zu setzen hat ²⁾.

Durch Rechtssatz gebunden sind Verwaltungsorgane aber auch dann noch, wenn bei zwingender Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge entweder Tatbestand oder Rechtsfolge "unbestimmte Gesetzesbegriffe" enthalten ³⁾, die verschiedener Art sein können:

Bei objektiv bestimmbar unbestimmten Gesetzesbegriffen, wie z.B. "Tagesanbruch", "Handelsbrauch" ⁴⁾ kann der Fall, daß nach der Beweislast entschieden werden muß, ohne weiteres eintreten.

Aber auch bei unbestimmten Gesetzesbegriffen, die einen "Beurteilungsspielraum" innerhalb der zum Typus gehörenden Sachverhalte geben ⁵⁾, ist die Möglichkeit, nach der Beweislast entscheiden zu müssen, nicht völlig ausgeschlossen. Haben Verwaltungsorgane unbestimmte Gesetzesbegriffe dieser Art angewendet, so bleibt dem Verwaltungsgericht zwar nur die Prüfung, "ob der konkrete Sachverhalt dem Sinnbereich des gesetzlichen Typus unterfällt" ⁶⁾. Dieser Umstand schließt jedoch Beweislastentscheidungen bei der Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe dieser Art nicht aus. Bleibt trotz aller von Amts wegen versuchter Sachaufklärung zweifelhaft, ob ein behaupteter Lebenssachverhalt, der dem Sinnbereich des unbestimmten Gesetzesbegriffes unterfällt, vorliegt und unterfällt der im übrigen

1) Art. 20 III GG.

2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I b.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I c; vgl. auch BACHOF, Beurteilungsspielraum S. 98/99, ULE, Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe S. 309-330; die unterschiedliche Haltung der Rechtsprechung zu diesen Fragen wird wiedergegeben bei WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I c; WOLFF, VR I § 31 I c spricht anstatt von "unbestimmten Rechtsbegriffen" von unbestimmten Gesetzesbegriffen, weil nur die in geschriebenen Gesetzen verwendeten Rechtsbegriffe gemeint sind und um Irrtümern hinsichtlich der Nachprüfbarkeit vorzubeugen.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I c 1.

5) WOLFF, aaO.

6) WOLFF, aaO. S. 135.

zweifelsfrei festgestellte Lebenssachverhalt nicht dem Sinnbereich des gesetzlichen Typus, so muß nach der Beweislast entschieden werden. Die Beweislastverteilung richtet sich dann nach den allgemeinen Regeln.

Nicht einmal völlig ausgeschlossen sind Entscheidungen nach der Beweislast dann, wenn dem Rechtsanwender nicht nur der Beurteilungsspielraum in Anwendung eines objektiv gegebenen Maßstabes belassen ist, sondern ihm auch die Setzung des Maßstabes selbst überlassen ist, wie z.B. bei der Beurteilung von Prüfungsleistungen ¹⁾. Denkbar sind Beweislastentscheidungen in diesen Fällen, wenn z.B. geltend gemacht wird, es seien bei der Entscheidung zweckfremde Motive bestimmend gewesen oder der Gleichheitsgrundsatz sei verletzt. Können im Prozeß die letzteren Behauptungen nicht als zweifelsfrei im tatsächlichen feststehend angenommen werden, so trägt die Beweislast der diese Rechtsverletzungen zu seinen Gunsten geltend machende Kläger ²⁾.

§ 21: Die Beweislastverteilung bei Ermessensentscheidungen

Nicht selten sind Verwaltungs- oder Regierungsorgane zu bestimmten Verhaltensweisen ermächtigt, ohne dazu verbindlich verpflichtet zu sein. In diesen Fällen setzt das Gesetz einen Tatbestand fest, überläßt jedoch die Setzung der Rechtsfolge dem Ermessen des Rechtsanwenders. Nur in diesem Sinne der gesetzlichen Unbestimmtheit einer Rechtsfolge soll mit Wolff ³⁾ von Ermessen gesprochen werden.

- 1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I c 3; WOLFF vertritt die Ansicht, daß die Gerichte bei der Überprüfung solcher Entscheidungen darauf beschränkt sind festzustellen, ob das Verfahren mängelfrei war, ob nicht Tatsachen verkannt oder übersehen worden sind und ob nicht zweckfremde Motive bestimmend waren oder der Gleichheitsgrundsatz verletzt wurde. Ähnliche Grenzen zieht das BVwG in seiner E v. 24.4.1959 = NJW 1959, S. 1842 f. (1843): die eigentliche pädagogisch-wissenschaftliche Wertung könne der Richter nur insoweit nachprüfen, ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen sei, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet habe oder sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen; in verfahrensrechtlicher Hinsicht habe es jedoch bei der Anwendbarkeit des § 23 III VGVO zu verbleiben, auch wenn es sich weniger um ein Ermessen der Behörde als um einen "Beurteilungsspielraum" handele.
- 2) Vgl. hierzu die Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von Ermessensmißbrauch auf Seite 75.
- 3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II a.

Es fragt sich, wie die Beweislast zu verteilen ist, wenn sich eine behauptete Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmißbrauch ¹⁾ nicht feststellen lassen und wenn sowohl das Vorliegen wie das Nichtvorliegen eines Ermessensfehlers zweifelhaft bleibt.

Diese Frage kann m.E. nur anhand des allgemeinen Grundsatzes der Beweislastverteilung gelöst werden, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der - gemessen am Klagebegehren - günstigen Voraussetzungen.

Nach diesem Grundsatz kann die Beweislast dafür, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensmißbrauchs vorliegen, nicht das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt treffen, sondern muß dem Prozeßgegner, der sich auf einen Ermessensfehler zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens beruft, also idR dem Kläger, auferlegt werden.

Beweislastfragen bei Ermessensentscheidungen bezüglich der Frage, ob Ermessensfehler vorliegen, sind nicht häufig ²⁾, können jedoch insbesondere bei der Prüfung eines behaupteten Ermessensmißbrauchs auftreten. Denn der Nachweis eines Ermessensmißbrauchs ist oft schwierig, weil er die rechtlich gegebenen inneren Schranken des Handelns eines Verwaltungsorgans betrifft und somit nicht schon aus der Verwaltungshandlung selbst, sondern erst aus weiteren Umständen, z.B. aus Aktenvermerken oder den Äußerungen der beteiligten Organwalter geschlossen werden kann ³⁾. Hinzu kommt, daß er durch Nachschieben von Gründen geheilt oder verdeckt werden kann ⁴⁾.

Soweit Ermessen eingeräumt ist, sind entgegengesetzte Verwaltungshandlungen rechtmäßig und besteht kein Anspruch auf die günstigere der beiden Alternativen ⁵⁾. Ein Anspruch besteht jedoch dann, wenn jede andere als die beantragte Vornahme ermessensfehlerhaft sein würde ⁶⁾. So hat z.B. der Kläger einen Rechtsanspruch auf Vornahme der von ihm beantragten völligen oder beschränkten Sperrung eines Weges dann, wenn der von ihm beantragte Verwaltungsakt das einzige in Frage kommende Mittel zur Beseitigung

1) § 23 III VGVO.

2) Soweit ersichtlich, hat sich bisher lediglich DAHLINGER, Beweislast S. 9 mit der Frage der Beweislastverteilung befaßt; DAHLINGER legt ebenfalls -jedoch ohne nähere Begründung- dem einen Ermessensfehler geltend machenden Kläger die Beweislast für das Vorliegen eines solchen auf.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II d 2.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II d 2.

5) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II e.

6) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II e sowie § 43 III b am Ende.

einer Störung der öffentlichen Ordnung, demnach die Verweigerung der beantragten Maßnahme als Ermessensfehler anzusehen ist 1).

Kann in einem solchen Falle nicht festgestellt werden, daß keine andere Entscheidung ohne Ermessensfehler möglich sei, daß also im vorstehenden Beispiel die Sperrung des Weges das einzige infrage kommende Mittel zur Beseitigung der Störung sei, so trifft die Beweislast den Kläger, der den Anspruch klageweise durchsetzen will.

7. Kapitel : Beweislastverteilung und Widerruf von Verwaltungsakten

§ 22: : Grundlegung

Um die Beweislastverteilung bei der gerichtlichen Nachprüfung des Widerrufs 2) von Verwaltungsakten deutlich zu machen, sollen lediglich typische Widerrufsgründe angeführt werden und die Untersuchung in der Hauptsache auf solche Fälle beschränkt werden, die im Verwaltungsprozeß am häufigsten Gegenstand des Streits sind - nämlich auf den sog. "lästigen Widerruf" 3).

Allgemein läßt sich zur Beweislastverteilung beim Widerruf von Verwaltungsakten sagen, daß das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt umsoweniger beweibelastet ist, je freier die Widerruflichkeit eines Verwaltungsaktes gestaltet ist.

Erfolgt z.B. der Widerruf eines Verwaltungsaktes auf Grund eines zulässigen Beseitigungs- oder Zurücknahmeverbales, so unterliegt die Widerruflichkeit lediglich den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungs-

1) OVG Münster v. 11.5.1950 = OVGE Bd. 2, S. 107 ff. (109).

2) "Widerruf" (ieS) wird mit WOLFF, Verwaltungsrecht I § 53 I c 2, genannt die Widerrufung eines Verwakes durch die Behörde, die den Verwakt erlassen hat oder durch die Aufsichtsbehörde außerhalb des Rechtsmittelverfahrens, während die Geltungsbeendigung in einem förmlichen Rechtsmittelverfahren als "Aufhebung" bezeichnet wird; der Widerruf ist eine "Zurücknahme", wenn mit Wirkung ex tunc rückgängig gemacht wird und eine "Beseitigung" bei Beendigung mit Wirkung ex nunc, vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 53 I c 2.

3) Der Widerruf ist lästig, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt ohne Unterwerfung des Betroffenen zurückgenommen oder beseitigt wird, oder wenn durch den Widerruf sonstige Berechtigungen oder rechtlich geschützte Interessen beeinträchtigt werden, vgl. WOLFF, VR I § 53 I c 3.

rechts, insbesondere dem Gebot rechten Ermessensgebrauchs 1).

Wer sich demnach im Prozeß in einem solchen Fall auf einen Ermessensfehler beruft, z.B. der Widerruf sei aus unsachlichen Motiven erfolgt, trägt hierfür auf Grund der bereits im vorigen Kapitel entwickelten Grundsätze die Beweislast 2) 3).

Aber auch, wenn der Widerruf eines Verwaltungsaktes an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen geknüpft ist, kann die Widerruflichkeit verschieden frei gestaltet sein, je nachdem beim Vorliegen der Voraussetzungen der Widerruf erfolgen muß oder lediglich kann.

Ist die Feststellung der Rechtsfolge in das Ermessen gestellt, so ist im Falle der Nichterweislichkeit eines Ermessensfehlers der sich darauf Berufende beweisbelastet. Werden Rechtsverletzungen geltend gemacht, die "bei Gelegenheit" 4) von Ermessensentscheidungen geschehen seien, so kann es sich insbesondere um solche Fälle handeln, in denen die tatbestandlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Widerruf in das Ermessen des zuständigen Verwaltungsorgans gestellt ist, infrage stehen. Soweit es sich in diesen Fällen um einen lästigen Widerruf handelt, stellen diese ein Ermessen einräumenden Vorschriften die Voraussetzungen eines zum Widerruf berechtigenden Rechtssatzes dar, auf den sich das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt zur Rechtfertigung des Klagabweisungsantrages beruft. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt die Beweislast. Entsprechendes gilt, wenn sich das beklagte Hoheitssubjekt zur Rechtfertigung des Klagabweisungsantrages auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines zum lästigen Widerruf nicht nur berechtigenden, sondern verbindlich verpflichtenden Rechtssatzes beruft.

Auch bei der Beweislastverteilung beim Widerruf von Verwaltungsakten zeigt sich der Zusammenhang der Beweislastverteilung mit der Rechtsanwendung. Ein Verwaltungsakt, dessen Widerruf an das Vorliegen be-

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 53 III b 2.

2) Im Ergebnis ebenso: FORSTHOFF, Lehrbuch S.244, HAUERSEN, Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte S.1460; a.A.: JUNG, Probleme des Widerrufsvorbehalts S.710; FORSTHOFF und HAUERSEN ist jedoch in der Begründung nicht zu folgen, wonach der Widerrufsvorbehalt eine "Umkehrung der Beweislast" zur Folge habe; auf Grund der im vorigen Kapitel gemachten Ausführungen handelt es sich vielmehr um eine Beweislastverteilung wie sie allgemein bei der Geltendmachung von Ermessensfehlern gilt.

3) Wird der Vorbehalt bezweifelt, so trifft die Beweislast das beklagte Subjekt hoheitlicher Gewalt.

4) WOLFF, VR I § 31 II d 1.

stimmter gesetzlicher Voraussetzungen geknüpft ist, kann nur dann widerrufen werden, wenn die erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen zweifelsfrei feststehen, gleichgültig ob die Feststellung der Rechtsfolge in das Ermessen des Rechtsanwenders gestellt ist oder zwingend geboten ist 1).

Für die Frage der Beweislastverteilung beim Widerruf von Verwaltungsakten ist es unerheblich, ob der Widerruf erfolgt, nachdem der zu widerrufende Verwaltungsakt unanfechtbar geworden, also in formeller Bestandskraft 2) erwachsen ist, oder nicht.

Insbesondere ist der Ansicht Hoffmanns 3) nicht zuzustimmen, wonach der "formell unangreifbar gewordene Verwaltungsakt die Vermutung" schaffe, "daß die jeweiligen, den Anspruch tragenden, normgebundenen Tatsachen bestehen".

Einmal würde bei dieser Unterscheidung die Beweislastverteilung ohne inneren Grund verschieden sein, je nachdem der Verwaltungsakt formell unanfechtbar oder noch anfechtbar ist. Zum andern ist eine Vermutung in der von Hoffmann behaupteten Art nicht anzuerkennen 4).

§ 23: Beispiele

Z. B. ist die Beseitigung eines Verwaltungsaktes u. a. zulässig, wenn der zu beseitigende Verwakt durch unlautere Mittel herbeigeführt oder erschlichen worden ist 5). So muß eine Schankerlaubnis beseitigt werden, wenn sie der Betriebsinhaber "vorsätzlich durch unrichtige Angaben erwirkt hat" 6), sie kann zurückgenommen werden, wenn der Inhaber die Unrich-

1) Dieser Zusammenhang wird klar erkannt vom bayVGh v. 18.12.1956 = VRspr. Bd. 9 S. 53: "Hier geht es daher zu Lasten der Behörde, wenn sich das Gericht nicht von der Widerruflichkeit der begünstigenden Verwakte überzeugen kann. Die Beweislast trifft hier den Anfechtungsgegner. ... Ist der VA einmal ergangen, so können nicht bloße Vermutungen und Zweifel (1), sondern grundsätzlich nur die bewiesene Fehlerhaftigkeit des Aktes den Widerruf rechtfertigen."

2) Während die formelle Bestandskraft die relative Endgültigkeit gegenüber dem Betroffenen bedeutet, ist die formelle Rechtskraft eines Verwakt gegeben, wenn die Endgültigkeit eines Verwakt sowohl ordentliche Rechtsmittel als auch die Zurücknahme durch die Verwaltungsbehörde ausschließt, vgl. WOLFF, VR I § 52 II a, b.

3) Beweislast S. 607.

4) Zu der Auseinandersetzung mit dieser These Hoffmanns vgl. unten S. 91.

5) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 53 III c 3.

6) § 12 I GastG.

tigkeit "bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen" 1). Eine polizeiliche oder ordnungsbehördliche Erlaubnis kann mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Erteilung auf Grund von in wesentlicher Beziehung unvollständigen oder unrichtigen Angaben erfolgte 2).

Wird Klage gegen die Beseitigung erhoben, so trifft im Falle der Nichterweislichkeit dieser genannten Voraussetzungen die Beweislast das beklagte Hoheitssubjekt.

Wird die Entziehung eines Passes gemäß § 8 PaßG damit begründet, es seien Tatsachen bekannt geworden, die nach § 7 PaßG die Versagung der Ausstellung des Passes rechtfertigen würden oder erfolgt die Beseitigung der in den §§ 30, 30b, 34, 34a und 36 GewO bezeichneten Genehmigungen und Bestellungen, weil aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers "der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung oder Bestallung nach der Vorschrift dieses Gesetzes vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt" 3), so trifft die Beweislast für das Vorliegen der Beseitigungsgründe ebenfalls das beklagte Subjekt öffentlicher Verwaltung.

Zur Beseitigung der Schankerlaubnis auf Grund des § 12 II S.1 GastG müssen bestimmte "Tatsachen bekannt werden", bloße Mutmaßungen genügen nicht 4).

Im Prozeß über die Entlassung eines Beamten trägt das Hoheitssubjekt die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens des Sachverhaltes, der die Entlassung rechtfertigen würde 5).

Anders als in den vorerwähnten Fällen ist die Beweislastverteilung, wenn der Streit nicht um den bereits erfolgten lästigen Widerruf eines Verwaltungsaktes geht, der Betroffene vielmehr mit seiner Klage den Widerruf eines Verwaltungsaktes erstrebt. Macht der Betroffene beispielsweise geltend, die Tatsachen, die einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung begründeten, seien fortgefallen 6), und kann der Fortfall dieser Tatsachen nicht

1) § 12 II Ziff.2 GastG.

2) § 42 I b prPVG, § 24 I c nWOBG.

3) § 53 GewO. In der Formulierung "klar erhellt" kommt bereits die Beweislastverteilung zum Ausdruck; Nur bei zweifelsfreiem Feststehen der Beseitigungsgründe ist eine Berufung auf die Vorschrift des § 53 II S.1 GewO zulässig.

4) ROHMER, Komm. zum GastG Anm.4 c zu § 12: "Von Tatsachen.. sprechen, wenn.. festgestellte, erwiesene Sachverh..".

5) OVG Lüneburg v. 8.5.1956 = VRspr.Bd. 9 S.185 ff. (189) Nr. 39.

6) § 43 prPVG, § 22 nWOBG.

zweifelsfrei geklärt werden, so trifft die Beweislast die betroffene Zivilperson. Denn in einem solchen Fall ist der Fortfall bestimmter Tatsachen ein negatives, rechtsfolgebegründendes Tatbestandsmoment eines "anspruchsbe gründenden" Rechtssatzes.

Nicht um den Widerruf eines Verwaltungsaktes handelt es sich, wenn ein Verwaltungsakt eine Begünstigung nur befristet gewährt hat und nach Ablauf der Frist eine Weiterbewilligung abgelehnt wird. So anerkennt der Bescheid, der eine Fürsorgeunterstützung bewilligt, die Unterstützungspflicht nur für den Unterstützungsabschnitt ¹⁾. Das hat für die Beweislastverteilung zur Folge, daß der Antragsteller mit Ablauf der Unterstützungszeit genötigt ist, nachzuweisen, daß die Unterstützungspflicht weiterhin besteht. Läßt sich die Unterstützungspflicht nicht zweifelsfrei erweisen, so trifft ihn die Beweislast, nicht aber das die Fürsorgeleistungen einstellende Subjekt öffentlicher Verwaltung ²⁾.

8. Kapitel : Vermutungen

§ 24: Gesetzliche Tatsachenvermutungen im Verwaltungsprozeß

Die Anwendung von Rechtssätzen, die Vermutungen enthalten, wird durch die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nicht ausgeschlossen ³⁾. Wird von Amts wegen das Gegenteil der Vermutung nicht festgestellt, so ist die Entscheidung auf Grund der Vermutung zu treffen.

Gesetzliche oder tatsächliche Vermutungen sind ebensowenig durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 I GG ausgeschlossen. Denn, wie noch zu zeigen ist, kann der Vermutungsgegner durch Gegenbeweis bzw. bei der gesetzlichen Vermutung durch den Beweis des Gegenteils die Vermutung entkräften, so daß sein rechtliches Gehör nicht eingeschränkt wird, ⁴⁾

Ohne auf die im Bereiche des Zivilprozesses herrschende "Sprachverwilderung und Begriffsverwirrung" ⁵⁾ in der Lehre von den Vermutungen

1) OVG Münster v. 1. 7. 1958 = NJW 1958 S. 2036 f.

2) Ebenso: HAUEISEN, Anm. zum Beschl. des OVG Münster v. 1. 7. 1958, NJW 1958 S. 2036.

3) Z. B.: ROSENBERG, Beweislast S. 223.

4) So ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543; a. A.: ARNDT, Das rechtliche Gehör S. 7.

5) Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Definitionen bei ROSENBERG, Beweislast S. 199.

näher einzugehen, werden gesetzliche Vermutungen von Tatsachen nur in solchen Rechtssätzen gesehen, "die das Vorliegen einer als Tatbestandsmerkmal einer Rechtswirkung erfordernden Tatsache aus einem tatbestandsfremden Umstand", der sog. Vermutungsbasis, erschließen 1).

Eine solche gesetzliche Tatsachenvermutung enthält z.B. § 6 WGöDG, der u.a. lautet:

"Bei Maßnahmen auf Grund folgender Ausnahmegesetze wird vermutet, daß es sich um eine Verfolgungs- oder Unterdrückungsmaßnahme im Sinne des § 1 gehandelt hat ..."

(es folgt die Aufzählung der Gesetze).

Hier wird also aus einem tatbestandsfremden, nicht rechtsfolgebe gründendem Umstand - Maßnahme auf Grund eines Ausnahmegesetzes - auf das Vorliegen eines rechtsfolgebegründenden Tatbestandsmomentes, nämlich Verfolgungs- oder Unterdrückungsmaßnahme, geschlossen 2).

Ebenfalls eine echte gesetzliche Tatsachenvermutung enthält § 239 II S.3 LAG, wonach bei Vertriebenen, die nicht ihren Lebensunterhalt ganz oder überwiegend aus Leistungen der öffentlichen Fürsorge bestritten haben, vermutet wird, daß sie durch die Schädigung ihre berufliche oder sonstige Existenzgrundlage verloren haben 3), sowie bei § 272 I S.3 LAG, der bei Vermögensschäden die dauernde Vernichtung der Existenzgrundlage des Berechtigten vermutet, wenn der Berechtigte Vertriebener ist.

1) So ROSENBERG, Beweislast S.203; ähnlich FRIEDRICHS, Streitverfahren S.365, anders noch derselbe in Verwaltungsrechtspflege S.862, wo Vermutungen angenommen wurden, unabhängig vom Vorliegen einer Vermutungsbasis; eine Vermutungsbasis fordern weiter: v. TUHR, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil S.6/7; NIKISCH, Zivilprozeßrecht S.322, SCHÖNKE, Zivilprozeßrecht S.262; a.A. z.B.: HEDEMANN, Vermutung S.127,143, der unabhängig von dem Vorliegen einer Vermutungsbasis eine ges. Vermutung immer dann annimmt, wenn das Gesetz von einer solchen spricht; ebenso offenbar STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. I zu § 292, wo die voraussetzungslose Vermutung des § 1591 II BGB zu den echten Vermutungen gezählt wird.

2) Zu § 6 WGöDG vgl. OVG Koblenz v.24.6.1952 = E 1, S.250, wo aus § 6 auf das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsprozeß geschlossen wird; vgl. auch BLESSIN-WILDEN, BEG S.998.

3) Über den Umfang dieser Vermutung s. BVwG v.31.1.1957 = E Bd.4 S.262 und v.31.1.1957 = E Bd.4 S.264.

Da nach dem Reichsleistungsgesetz oft unklar blieb, ob mit dem Leistungsbescheid eine Gebrauchsüberlassung verlangt wurde oder die Entziehung des Eigentums an der Sache erfolgen sollte und diese Frage besondere Bedeutung für das Entschädigungsverfahren sowie bei der Rückforderung der Sache durch den Leistungspflichtigen hat ¹⁾, wird nunmehr im § 9 BLG bei der Anforderung einer nicht verbrauchbaren Sache vermutet, daß eine Anforderung zum Gebrauch vorliegt und bei der Anforderung einer verbrauchbaren Sache die Anforderung zur Überlassung des Eigentums.

Besonders häufig finden sich gesetzliche Tatsachenvermutungen im BEG, offenbar eine Folge des Bestrebens, Opfern nationalsozialistischer Verfolgung besondere Beweiserleichterungen zu gewähren ²⁾ ³⁾.

Die Wirkung der gesetzlichen Tatsachenvermutung im Verwaltungsprozeß besteht im wesentlichen in ihrer Einwirkung auf die Beweislastverteilung. Sie verschiebt das Beweisthema ⁴⁾. Wer, abgesehen von der Vermutung, die vermutete Tatsache zu beweisen hätte, trägt die Beweislast für das Vorhandensein der sog. Vermutungsbasis ⁵⁾.

Dagegen kann die gesetzliche Tatsachenvermutung im Verwaltungsprozeß - insoweit im Gegensatz zum Zivilprozeß - wegen des Fehlens einer Behauptungslast auf diese keinen Einfluß ausüben ⁶⁾.

1) So BAUCH-DANCKELMANN. Kommentar zum Bundesleistungsgesetz S. 43/44, Anm. zu § 9 BLG.

2) Vgl. §§ 15 II, 28 II, 75 I S. 2, 79 I S. 2, 99 I letzter Satz, 180 I BEG.

3) Wegen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte hier nur insoweit interessant, als sie sich imilverwaltungsverfahren auswirken.

4) BGH v. 24. 1. 1951 = NJW 1951, 397 f.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. II 1 zu § 292, ROSENBERG, Beweislast S. 217, a. A.: z. B. HEDEMANN, Vermutung S. 295 ff.

5) BGH aaO. S. 398, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. II 1 zu § 292.

6) Über den Einfluß der Vermutung auf die Behauptungslast des Zivilprozesses vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 217 ff. mit Nachweisungen.

Die Wirkung von gesetzlichen Vermutungen im Steuerprozeß (z. B. § 208 AO), dem eine Beweislast wegen der Möglichkeit der Schätzung fremd ist (vgl. auf Seite 13 Note 2), besteht darin, daß sie, soweit sie reicht, die Möglichkeit der Schätzung ausschließt.

HARTUNG, Beweislast S. 1902 will zu Unrecht aus dem Bestehen von Vermutungen im Steuerrecht auf das Vorhandensein einer Beweislast im Steuerprozeß schließen; da jedoch auch nach Ansicht HARTUNGS eine Funktion der Vermutungen des Steuerrechts ist, die Schätzung insoweit ausschließen zu sollen, folgt aus dem Bestehen von Vermutungen im Steuerrecht keineswegs zwingend das Bestehen einer Beweislast im Steuerprozeß.

Die Wirkung der gesetzlichen Tatsachenvermutung wird - wie im Zivilprozeß - beseitigt durch Gegenbeweis gegen den Beweis der Vermutungsbasis oder durch den Beweis des Gegenteils, d.h. daß die vom Gesetz vermutete Tatsache zweifelsfrei nicht vorliegt 1).

Gesetzliche Vermutungen sind abzugrenzen von den gewöhnlichen Beweislastregeln, den sog. tatsächlichen Vermutungen und den Fiktionen.

Eine gewöhnliche Beweislastregel und keine gesetzliche Vermutung enthält z.B. § 55 S.2 GO NW, der lautet:

"Diese Vertretung (gemeint ist die gesetzliche Vertretung der Gemeinde in Rechts- und Verwaltungsgeschäften durch den Rat) gilt als auf den Gemeindedirektor übertragen, soweit nicht der Rat für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder für einen Einzelfall etwas anderes bestimmt."

Eine gesetzliche Vermutung von Tatsachen liegt schon deswegen nicht vor, weil nicht das Vorliegen einer konkreten Voraussetzung eines rechtsfolgebegründenden Tatbestandsmomentes aus einem tatbestandsfremden Umstand gefolgert wird 2).

Ebenfalls nur eine gewöhnliche Beweislastregel enthielt 3) § 1 der AusführungsVO des Reichswirtschaftsministers zum GastG v. 21.6.1930 (RGBl. I S.191):

"Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke, insbesondere von Milch, ist das Bedürfnis in der Regel zu bejahen. Es ist zu verneinen, wenn sich aus besonderen Umständen ergibt, daß ein Bedürfnis nicht vorhanden ist." 4).

Das Vorliegen einer gesetzlichen Tatsachenvermutung scheitert auch

- 1) HEDEMANN, Vermutung S.314 f., STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. II 1 zu § 292, ROSENBERG, Beweislast S.222; für den Verwaltungsprozeß: prOVG in JW 1935 S.1266 ff.(1267), wo zur Widerlegung der Vermutung der "zweifelsfreie und sichere Nachweis" des Gegenteils gefordert wird; ebenso: LSozG Berlin v. 14.9.1954 = JR 1954 S.476.
- 2) Zu Unrecht von KOTTENBERG, Gemeindeordnung Erl.2 zu § 55 als "gesetzliche Vermutung" bezeichnet; KOTTENBERG verteilt aber die Beweislast richtig, wenn er ausführt, "wer behauptet, der Rat habe 'für einen bestimmten Kreis von Geschäften' oder im Einzelfall etwas anderes bestimmt, hat die Beweislast".
- 3) Gegenstandslos wegen Art.12 I GG, ROHMER, GastG Anm.3 zu §§ 1,2 der AVO v. 21.6.1930.
- 4) Als Vermutung bezeichnet bei MICHELS, GastG S.349.

bei dieser Vorschrift am Fehlen einer Vermutungsbasis.

§ 25: Verwaltungsprozeß und sog. tatsächliche Vermutungen

Der Unterschied zwischen den sog. tatsächlichen Vermutungen, "die auf der Lebenserfahrung und dem natürlichen Ablauf der Dinge beruhen" ¹⁾, von den gesetzlichen Vermutungen zeigt sich, auch im Verwaltungsprozeß, insbesondere in ihren Wirkungen ²⁾. Hierzu ein Beispiel:

Einem vom OVG Münster ³⁾ entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger trat 1946 der SPD bei. Bei dem Zusammenschluß der SPD und KPD in der SBZ wurde er zwangsläufig in die SED überführt. Darüberhinaus war er zeitweilig Schulungsleiter und Kulturwart der SED.

Das OVG sieht in dem letzteren Umstand einen Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen des Ausschußtatbestandes der Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des GG gemäß § 8 I Z.4 WGO, um dann vorzufahren: "Der Kläger hat jedoch den gegen ihn sprechenden Beweis des ersten Anscheins ... entkräftet und einen davon abweichenden Geschehensablauf dargetan.." Damit wird zutreffend hervorgehoben, daß zur Beseitigung der Wirkungen eines Erfahrungssatzes der Gegenbeweis genügt, nicht aber der volle Beweis des Gegenteils erforderlich ist, wie ihn § 292 ZPO für den Bereich des Zivilprozesses hinsichtlich gesetzlicher Vermutungen erfordert.

Bei der Anwendung von Erfahrungssätzen nimmt der Richter eben nur kraft seiner freien Beweiswürdigung das als erwiesen an, was der "Regel des Lebens" ⁴⁾ entspricht ⁵⁾, während die Tätigkeit bei der Entscheidung auf Grund gesetzlicher Vermutungen Rechtsanwendung ist ⁶⁾.

Ebenfalls um eine tatsächliche Vermutung handelt es sich, wenn das BVwG in seiner E v. 2. 4. 1958 ⁷⁾ den Satz aufstellt, die Zwangslage mitfliehender Familienangehöriger eines anerkannten oder anzuerkennenden

1) So BGH v. 24. 1. 1951 = NJW 1951 S. 397.

2) Unrichtig FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 864: "Die gesetzlichen und die Lebensvermutungen haben die gleiche Wirkung".

3) E v. 23. 5. 1957 = NJW RzW 1958 S. 234 f.

4) ROSENBERG, Beweislast S. 181.

5) BGH v. 24. 1. 1951 = NJW 1951 S. 397, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. IV 7a zu § 282.

6) STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. I zu § 292, ROSENBERG, Beweislast S. 211.

7) NJW 1958 S. 1602 f. zu § 3 BVertrG.

SBZ-Flüchtlings sei zu vermuten. Da es sich um einen Erfahrungssatz handelt, kann mithin die Prüfung und Feststellung besonderer Fluchtgründe bei mitfliehenden Familienangehörigen "in der Regel" unterbleiben 1).

Bei der Prüfung, ob Ernennungen und Beförderungen wegen enger Verbindung zum Nationalsozialismus (§ 7 RegG) vorgenommen sind, begründet die Feststellung, daß die Ernennung wegen enger Verbindung zum Nationalsozialismus erfolgt ist, die tatsächliche Vermutung, daß die enge Verbindung zum Nationalsozialismus auch noch bei der Begründung der späteren Rechtspositionen als Motiv überwiegend wirksam gewesen ist 2).

Weitere tatsächliche Vermutungen im Bereich des Verwaltungsrechts sind: Die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer Urkunde 3), für die Ordnungsmäßigkeit des inneren Geschäftsbetriebes der Behörden 4), die Vermutung, daß die Gemeinde Eigentümerin der öffentlichen Gemeindewege sei 5) und die Vermutung der Richtigkeit des einem Schriftstück beigefügten Eingangsvermerkes 6).

Auch besteht eine tatsächliche Vermutung für die Erteilung einer Genehmigung, wenn die Verwaltungsbehörde nicht eingeschritten ist, obwohl ein genehmigungsbedürftiger Sachverhalt zu ihrer Kenntnis gelangt war und ausnahmsweise schweigendes Dulden zur Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes genügt 7).

- 1) BVwG aaO. S. 1603; WESKOTT, Die besondere Zwangslage des § 3 BVertrG bei Ehegatten S. 903 spricht von einer "Tatsachenvermutung", meint offenbar jedoch eine tats. Vermutung.
- 2) BVwG v. 9. 12. 1955 = DÖV 1956 S. 280/281, das BVwG spricht allerdings ungenau von einer Umkehr der Beweislast; vgl. auch BVwG v. 22. 10. 1957 = DÖV 1959 S. 37 (Leitsatz) = E Bd. 5 S. 275 f.
- 3) Für den Bereich des Privatrechts; ROSENBERG, Beweislast S. 185; FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 860/62 spricht zu Unrecht von einer gesetzlichen Vermutung.
- 4) FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 862.
- 5) RG 22, 305; RG in JW 1907, 754 Nr. 29; FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 862; bei einer grundbuchlichen Eintragung der Eigentumsverhältnisse würde die Vermutung des § 891 BGB als gesetzliche Vermutung jedoch vorgehen.
- 6) SUREN, Gemeindeabgabenrecht S. 150 bezeichnet das ungenau als "allgemeine Beweisregel".
- 7) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 200, jedoch ohne die Einschränkung, daß ausnahmsweise eine "stillschweigende Genehmigung" genügen muß; darüber, wann stillschweigendes Dulden zur Bekanntgabe genügt, vgl. WOLFF, VR I § 50 II c 2.

Wenn Bender ¹⁾ ausführt, der Mangel eines Teiles des Verwaltungsaktes ergreife den ganzen Verwaltungsakt nur dann, wenn nach "der Lebenserfahrung (widerlegbar) zu vermuten" sei, daß die Behörde den als selbständigen Verwaltungsakt denkbaren Teil für sich allein nicht erlassen haben würde, so ist ihm, soweit er eine tatsächliche Vermutung im Auge hat, nicht zu folgen. Allenfalls besteht eine Auslegungsregel, wonach teilweise Rechtswidrigkeit im Zweifel nicht den ganzen Verwaltungsakt ergreift ²⁾; diese Regel folgt aus dem Grundsatz möglicher Rechtsbeständigkeit hoheitlicher Maßnahmen ^{3) 4)}.

Fiktionen endlich haben mit Vermutungen nichts gemeinsam, ihre Widerlegung ist ausgeschlossen ⁵⁾.

Fiktionen finden sich im Verwaltungsrecht beispielsweise in den §§ 34 II, 38 II GewO, von Friedrichs ⁶⁾ als "klassische Fiktion des heutigen Rechts" bezeichnet; weiter besonders häufig im LAG ⁷⁾. So bestimmt z.B. § 20 LAG den Stichtag für die Entstehung der Ausgleichsabgaben im Wege der Fiktion ("Die Abgabenschuld gilt als zu Beginn des 21. Juni 1948 entstanden").

Häufig finden sich auch Fiktionen im RegG ⁸⁾. So fingiert beispielsweise § 62 III S. 2 RegG die Weiterbeschäftigung der von den Entnazifizierungsgesetzen "nicht betroffenen" Beamten, bestimmt jedoch nicht, daß diese Beamten so behandelt werden, als hätten sie sich in dem Zeitraum, in welchem sie tatsächlich vom Amt entfernt waren, im Dienst bewährt ⁹⁾.

Eine Fiktion findet sich auch im § 2 S. 3 nw GewerbesteuerabgleichsG, wonach bei mehrfachem Wohnsitz die Gemeinde, von der die Lohnsteuerkarte

1) Allgemeines Verwaltungsrecht S. 125.

2) So WOLFF, Verwaltungsrecht I § 51 VI.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 51 VI.

4) Gerade umgekehrt ist die Regel des § 139 BGB, wonach bei Teilnichtigkeit in der Regel das ganze Geschäft nichtig ist; über die Beweislastregel des § 139 BGB vgl. ROSENBERG, Beweislast 261 mit Nachweisungen.

5) ROSENBERG, Beweislast S. 213 setzt deshalb zu Recht den Fiktionen die unwiderleglichen Vermutungen gleich.

6) Streitverfahren S. 365 Note 34.

7) Vgl. §§ 11 II, 12 XI, 13 III, 14 II, III, 229 I S. 2, 293 II S. 1 LAG.

8) § 6 I ("Beamte auf Widerruf.. gelten als mit Ablauf des 8. Mai 1945 durch Widerruf entlassen"), 6 II und § 67 I S. 1 RegG.

9) Vgl. BVwG v. 13. 2. 1958 = DÖV 1959 S. 38 (Leitsatz).

ausgeschrieben ist, als Wohngemeinde "gilt".

§ 26: Gesetzliche Rechtsvermutungen im Verwaltungsprozeß

Neben den gesetzlichen Tatsachenvermutungen finden sich im Verwaltungsrecht -wie im Bereich des Privatrechts- sog. gesetzliche Rechtsvermutungen, die auf das "gegenwärtige Bestehen... eines Rechts oder Rechtsverhältnisses" 1) gerichtet sind 2).

So begründet der kraft Gewohnheitsrecht 3) geltende Grundsatz der Unvordenklichkeit die Rechtsvermutung, daß die seit Menschengedenken bestehende Übung rechtmäßig ist, sofern ein solches Recht überhaupt noch rechtlich zulässig ist 4). Diese Vermutung hat als Ersatz für den Nachweis durch Urkunden, die infolge Kriegseinwirkung verloren gegangen sind, heute wieder Bedeutung erlangt 5).

Die Unvordenklichkeit kann auch gesetzlich abgekürzt werden 6). So wird gemäß § 379 III prWG die Rechtmäßigkeit von Anlagen an Wasserläufen, die am 1.1.1913 10 Jahre widerspruchsfrei bestanden haben, vermutet 7), während § 8 II prFischereiG eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit älterer Fischereirechte enthält 8).

Eine dem § 891 I BGB ähnliche Rechtsvermutung enthält § 190 I prWG:

- 1) Die vollständige Definition ROSENBERGS, Beweislast S.225 ("gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses") kann nicht übernommen werden, da R. mit ihr die -einzige- negative Rechtsvermutung des § 891 II BGB umfassen wollte.
- 2) Über die Frage der Unterscheidbarkeit zwischen Rechts- und Tatsachenvermutung im einzelnen vgl. ROSENBERG, Beweislast S.226 ff.; so sehen z.B. STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm.I am Ende zu § 292 die Rechtsvermutung nur als eine gesetzestechnische "Abkürzung" an.
- 3) So KERSTEN-FROELICH in v.BRAUCHITSCH, Verwaltungsgesetze für Preußen II Bd. 2. Halbbd. S.553.
- 4) So WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III c 3; FORSTHOFF, Lehrbuch S.178: "den Beweis für das Bestehen eines Rechtsverhältnisses ersetzende Vermutung"; Begründung zu Art.109 wüEVRO S.337: "den Nachweis des Rechts ersetzende Rechtsvermutung";
vgl. auch Württ.-Bad. VGH v.22.6.1956 = E Bd.6, 220 ff.(223).
- 5) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III c 3.
- 6) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 37 III c 3.
- 7) Vgl. FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S.862.
- 8) FRIEDRICHS, aaO.

„Die Eintragungen im Wasserbuche gelten bis zum Beweise des Gegenteils als richtig.“

Da gemäß § 182 I prWG nur bestimmte Rechte oder eine von den §§ 115, 117 abweichende Unterhaltungspflicht eingetragen werden, handelt es sich bei § 190 I prWG um eine Rechtsvermutung.

Als Beweislastregel hat die Rechtsvermutung zur Folge, daß der Vermutungsgegner die Beweislast für alle diejenigen Behauptungen trägt, aus denen sich die Unrichtigkeit der Vermutung ergeben soll; wegen des Fehlens einer Behauptungslast im Verwaltungsprozeß ist insoweit wie bei der gesetzlichen Tatsachenvermutung kein Einfluß festzustellen ¹⁾.

Die Wirkung der Rechtsvermutungen wird beseitigt durch Gegenbeweis gegen den Beweis, daß die Voraussetzungen der Vermutung vorliegen und durch den Beweis des Gegenteils ²⁾. Soweit eine Rechtsvermutung auf Gewohnheitsrecht beruht, kann bereits die Entstehung der Vermutung gehindert werden, indem das Wachsen der Rechtsüberzeugung aller Beteiligten ausgeschlossen wird. So erklärt es sich z.B., daß Eigentümer vielfach an Privatwegen durch Tafeln auf den privaten Charakter des Weges hindeuten. Damit wird bezweckt, die Vermutung der Unvordenklichkeit nicht zur Entstehung gelangen zu lassen, so daß durch derartige Tafeln der Eigentümer praktisch die Beweislast von sich fernhält ³⁾.

Da gesetzliche Tatsachen - und Rechtsvermutungen dem materiellen Recht angehören ⁴⁾, können gesetzliche Vermutungen, die sich außerhalb des materiellen Verwaltungsrechts finden, ihr Anwendungsgebiet auch im Verwaltungsprozeß haben ⁵⁾. So ist beispielsweise die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 891 BGB und für den Zeitpunkt der Todeserklärung gemäß § 9 VerschollenheitsG gegebenenfalls auch vom Verwaltungsrichter zu berücksichtigen ⁶⁾.

1) Über den Einfluß auf die Behauptungslast des Zivilprozesses durch das Bestehen von Rechtsvermutungen vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 229/230 mit Nachweisungen.

2) Vgl. oben S. 83.

3) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 333.

4) ROSENBERG, Beweislast S. 224 mit Nachweisungen, allerdings im Gegensatz zur h. M.; so rechnen z.B. STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. I zu § 292 die Vermutungsvorschriften zum Prozeßrecht.

5) ROSENBERG, Beweislast S. 242: „Verfahren vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten“.

6) FRIEDRICHS, Verwaltungsrechtspflege S. 861/62 geht von der selbstverständlichen Geltung der genannten Vermutungen auch im Verwaltungsprozeß aus; ausdrücklich; derselbe, Der Allgemeine Teil des Rechts S. 284 Note 5

§ 27: Abgrenzung der Vermutungen i.e.S. von den Vermutungen i.w.S.

Anhand der so gewonnenen Begriffe der gesetzlichen Tatsachen- und Rechtsvermutungen sowie der tatsächlichen Vermutungen bereitet es keine Schwierigkeiten, die vielfach irreführende und falsche Benutzung des Begriffs der Vermutung aufzuzeigen.

So besteht weder eine gesetzliche noch tatsächliche Vermutung dafür, daß eine Dienstleistungspflicht höchstpersönlich sei ¹⁾, es spricht keine Vermutung im technischen Sinne "für die Rechtsanwendung und gegen das Ermessen" ²⁾, "für das subjektive öffentliche Recht" ³⁾ oder "für die leichtere Fehlerfolge, die Aufhebbarkeit" eines Verwaltungsaktes ⁴⁾.

Diese "Vermutungen" haben zum Gegenstand weder einen Schluß von Tatsachen auf Tatsachen noch das Bestehen von Rechten oder Rechtsverhältnissen. Auch handelt es sich nicht um tatsächliche Vermutungen. Denn tatsächliche Vermutungen richten sich nach der Regel des Lebens, betreffen die Frage der Beweiswürdigung, also die Beurteilung eines konkreten Lebenssachverhaltes, betreffen jedoch keineswegs anhand von Gesetz und Recht zu beantwortende Fragen. Man kann bei ihnen allenfalls von Vermutungen i.w.S. sprechen, die ausdrücken sollen, daß eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliegt.

Insbesondere handelt es sich bei der weit verbreiteten Auffassung von der "Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit" eines Verwaltungsaktes nicht um eine Vermutung im technischen, engeren Sinne.

Diese auf Otto Mayer ⁵⁾ zurückgehende Lehre ⁶⁾ hat zum Inhalt, daß der Verwaltungsakt als verbindliche Äußerung hoheitlicher Gewalt eine

1) FORSTHOFF, Lehrbuch S. 164.

2) FORSTHOFF, aaO. S. 80.

3) FORSTHOFF, aaO. S. 172.

4) FORSTHOFF, aaO. S. 208.

5) Deutsches Verwaltungsrecht S. 95 f.

6) BACHOF, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz S. 389, W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 246 f., MENDER, System S. 174, 177, HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Bd. S. 694, v. TUREGG, Lehrbuch S. 123, FORSTHOFF, Lehrbuch S. 206, WOLFF, Verwaltungsrecht I § 50 I a. PrOVG E 81, 268 ff. (272); 86, 367; 97, 95; OVG Münster v. 28.2.1950 = VRspr. Bd. 2, 315; BVwG v. 21.1.1954 = E Bd. 1, 67; BGH v. 26.2.1951 = BGHZ 1, 223 ff. (225); v. 15.11.1951 = BGHZ 4, 10 ff. (22); a.A.: BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch S. 379.

Wirkungskraft in sich berge, falls er so wie ergangen überhaupt eine mögliche autoritative Äußerung sei. Infolgedessen habe nicht jede Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes dessen Unwirksamkeit zur Folge, vielmehr sei die Feststellung der (relativen) Rechtswidrigkeit mit der Folge der Unwirksamkeit dem ausdrücklichen, fristgebundenen Ausspruch der erlassenden Behörde, der Beschwerdebehörde oder dem Verwaltungsgericht vorbehalten 1).

Daß es sich bei dieser Lehre nicht um eine gesetzliche Tatsachen- oder Rechtsvermutung handeln kann, wird kaum bestritten werden können. Weder wird aus einem tatbestandsfremden Umstand auf eine zu beweisende Tatsache oder das Bestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses geschlossen, noch handelt es sich um eine Einwirkung auf die Beweislastverteilung 2) 3).

Wenn Bettermann 4) der Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes Einfluß auf die Beweislastverteilung im Anfechtungsprozeß beigemessen hat, so ist das m.E. dadurch zu erklären, daß die ungenaue Bezeichnung "Vermutung" für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes dazu verleitet hat, diesem Grundsatz auch die Wirkung einer echten, gesetzlichen Vermutung iES beizulegen 5) 6).

Eine echte gesetzliche Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes, die auf die Beweislastverteilung Einfluß hat, besteht demnach nicht, ohne daß der erwähnte Grundsatz in seiner inhaltlichen Richtigkeit angezweifelt werden soll. Allenfalls ist es angängig, von einer Vermutung iWz zu sprechen, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß eine bestimmte Wahrscheinlichkeit für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes spricht.

Ebensowenig besteht eine auf der Lebenserfahrung beruhende tatsächliche Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes. Denn tatsächliche Vermutungen beeinflussen die Beweiswürdigung und betreffen die Beurteilung eines konkreten Lebenssachverhaltes.

1) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 50 I a.

2) JESCH, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte S. 55; TIETGEN, Schlußwort S. 87.

3) Es liegt auch keine Auslegungsregel vor, JESCH, aaO. S. 55.

4) Beweislast S. 84 f.

5) Dem Argument BETTERMANNs ist im übrigen bereits dadurch der Boden entzogen, daß der rechtzeitig angefochtene Verwakt die "Vermutung" nicht für sich hat; vgl. dazu auch HOFFMANN, Beweislast S. 606.

6) Unklar HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Bd. S. 694, wonach die Vermutung der Gültigkeit durch den "Nachweis" der Fehlerhaftigkeit des VA widerlegt werden könne.

Behält man dies im Auge, so kann von einer tatsächlichen Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes keine Rede sein. Geht es z. B. beim Streit vor dem Verwaltungsgericht um die Frage der richtigen Auslegung eines von dem beklagten Hoheitssubjekt in einem bestimmten Sinne angewandten Rechtssatzes, so kann sich das Subjekt öffentlicher Verwaltung sicherlich nicht auf eine tatsächliche Vermutung berufen. Denn das Gericht wird die Richtigkeit der Auslegung selbständig anhand der bestehenden Auslegungsregeln beurteilen, ohne an eine Vermutung gebunden zu sein.

Dieses Beispiel macht deutlich, daß von einer tatsächlichen Vermutung dann keine Rede sein kann, wenn es nicht um Fragen der Beweiswürdigung, der Beurteilung eines konkreten Sachverhaltes geht. Es zeigt gleichzeitig, daß eine allgemeine tatsächliche Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes nicht besteht, sondern allenfalls eine statistisch nachweisbare Wahrscheinlichkeit 1).

Auch der formell unangreifbar gewordene Verwaltungsakt schafft nicht eine Vermutung i. S., daß die zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen bestehen.

Eine solche von Hoffmann 2) behauptete Tatsachenvermutung kann nicht, wie Hoffmann behauptet, aus dem Grundsatz der "Vermutung" der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit eines Verwaltungsaktes abgeleitet werden, wie sich aus den bereits gemachten Ausführungen ergibt. In Ermangelung anderer Grundsätze könnte eine solche Vermutung nur eine Folge der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes und der damit gegebenen formellen wie materiellen Bestandskraft 3) des Verwaltungsaktes sein.

Die Wirkung der formellen Bestandskraft erschöpft sich jedoch darin, daß der Verwaltungsakt unanfechtbar ist und von Dritten respektiert werden muß 4). Eine Vermutung in der von Hoffmann behaupteten Art kann eben-

1) Nicht ganz klar JESCH, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, wonach "eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Wirksamkeit und auch die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes" spreche und zwar auf Grund der "Lebenserfahrung" (S.56), der jedoch ebenfalls keine tatsächliche Vermutung im Auge haben kann, wenn er schreibt: "Wenn wir diese Begriffe (gemeint sind die tatsächlichen Vermutungen) in unserem Zusammenhang verwenden würden, so wäre damit nicht viel gewonnen" (55); Nach Ansicht BETTERMANN'S, Verwaltungsakt und Richterspruch S. 379 spricht die Lebenserfahrung sogar gegen rechtmäßiges Handeln der Behörden.

2) Beweislast S. 607.

3) Zum Begriff: WOLFF, Verwaltungsrecht I § 52 II c und § 52 III b.

4) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 52 II c.

sowenig die Folge der materiellen Bestandskraft eines Verwaltungsaktes sein. Die Wirkung der materiellen Bestandskraft besteht darin, daß der Betroffene und alle anderen Behörden, Gerichte und Dritte an die Tatsache des Rechtsbestandes des einmal erlassenen Verwaltungsaktes gebunden sind und sich nicht in Widerspruch setzen dürfen zu der in ihm enthaltenen Entscheidung, Gestaltung oder Anordnung ¹⁾. Deshalb kann die behauptete Vermutung auch nicht die Folge der materiellen Bestandskraft eines Verwaltungsaktes sein.

Nicht einmal die materielle Rechtskraft eines Verwaltungsaktes ²⁾ ergreift die dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen, ebensowenig wie die Rechtskraft des zivilgerichtlichen Urteils anerkanntermaßen nicht die tatsächlichen Feststellungen des Urteils ergreift ³⁾.

9. Kapitel : Beweislast und Prozeßrecht

§ 28: Beweislastverteilung und Anfechtungsklage

Einen Großteil der verwaltungsgerichtlichen Prozesse bilden die Anfechtungsklagen. In diesen Prozessen steht idR eine Zivilperson ⁴⁾ dem mit hoheitlicher Gewalt auftretenden Subjekten der Verwaltung und Regierung gegenüber. Aus der Stellung beider Parteien im Anfechtungsprozeß ergeben sich gegenüber dem Zivilprozeß vor allem folgende Unterschiede:

a) Es fehlt an einer außerprozessualen Gleichwertigkeit der Parteien. Das beklagte Subjekt öffentlicher Verwaltung hat mit seinem Verwaltungsakt bereits die von ihm erstrebte Regelung vorweggenommen. Der Verwaltungsakt hat bereits den Rechtszustand geschaffen, den im Zivilprozeß eine Partei mit ihrer Klage erst zu verwirklichen sucht.

b) Die Parteirollen sind im Anfechtungsprozeß gegenüber dem Zivilprozeß

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 52 III b.

2) Die materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten ist beschränkt auf den Tenor des Verwaltungsaktes, WOLFF, Verwaltungsrecht I § 52 III a) und ergreift nur wenige Verwaltungsakte unter bestimmten, vor allem verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, zu letzterem WOLFF, VR I § 52 IIIa.

3) Z.B.: BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 322 Anm.A 2 C, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm.V 1 zu § 322.

4) Ausnahmsweise können auch Anfechtungsprozesse zwischen Subjekten hoheitlicher Gewalt ausgetragen werden; da es sich jedoch um Ausnahmen handelt, bleiben sie hier außer Betracht.

insofern vertauscht ¹⁾, als eine Zivilperson von vornherein in eine bestimmte Parteirolle gedrängt wird - nämlich die des Klägers.

Es fragt sich, ob aus dieser Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozesses Folgerungen in bezug auf die Beweislastverteilung zu ziehen sind.

Im Meinungsstreit über die Verteilung der Beweislast im Anfechtungsprozeß lassen sich im wesentlichen drei Meinungen unterscheiden:

- a) Verteilung der Beweislast nach der Prozeßrechtsstellung.
- b) Anlehnung der Beweislastverteilung an die Klagart.
- c) Bindung der Beweislastverteilung an das materielle Recht ²⁾.

In seinem vielzitierten Urteil vom 18.4.1956 ³⁾ stellte der V. Senat des BVwG für die Verteilung der Beweislast im Anfechtungsprozeß folgende allgemeine Regel auf:

"Bei der Anfechtungsklage trägt der Kläger in der Regel die Beweislast. Denn dieser kann nach § 23 VO 165 eine Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes nur dann verlangen, wenn die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes feststeht."

Damit nahm ein Senat des BVwG, von einigen auf Einzelfälle abgestellten Entscheidungen abgesehen, erstmals allgemein zur Frage der Beweislastverteilung im Anfechtungsprozeß Stellung. Die Entscheidung weicht von den im Zivilprozeß und in der vorliegenden Untersuchung entwickelten Grundsätzen nicht unerheblich ab:

Sie macht die Verteilung von der Parteistellung im Prozeß abhängig, indem sie grundsätzlich dem Kläger die Beweislast auferlegt. Außerdem

1) Der Ausdruck geht auf WACKE, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage S.158 f. zurück, der ihn bei anderer Gelegenheit verwendet; offenbar soll er zum Ausdruck bringen, daß die Verwaltungsbehörde, will sie ein Recht gegenüber dem Bürger geltend machen, die gewünschte Regelung durch Erlaß eines Verwaltungsaktes selbst treffen kann und nicht gezwungen ist, ihr Recht in einem gerichtlichen Verfahren, in dem die Verwaltung als Kläger auftreten müßte, zu verfolgen. DAHLINGER, Beweislast S.8 greift diesen Gedanken auf, wenn er ausführt, ob der Kläger eine günstige Rechtswirkung begehre, könne nur auf Grund der Stellung beurteilt werden, die er vor Erlaß des angefochtenen Verwaltungsaktes gehabt habe; TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v.18.4.1956 S.684 und Schlußwort S.86 bewegt sich in ähnlichen Gedankengängen: Wenn die Verwaltungsbehörde im Prozeß den Verwaltungsakt verteidige, begehre sie die Anwendung des den Verwaltungsakt rechtfertigenden Rechtssatzes.

2) Vgl. RUCKRIEGEL, Beweislast S.533.

3) DVBl.1956, 682 = NJW 1956, 1214 = ZMR 1956, 311 = BVwGE 3, 245.

entnimmt sie die Verteilung der Beweislast einer Verfahrensvorschrift, berücksichtigt jedenfalls das dem Verwaltungsakt zugrundeliegende Rechtsverhältnis nicht.

So konnte es nicht ausbleiben, daß gegen diese Beweislastverteilung starke Bedenken erhoben wurden. Insbesondere wurde nahezu einhellig die Verbindung der Beweislast mit der Parteistellung im Prozeß abgelehnt ¹⁾. Ebenso wird die Berufung auf § 23 VGVO zum Zwecke der Beweislastverteilung abgelehnt ²⁾.

Verteidigt wird die Entscheidung lediglich von Bettermann ³⁾, der im § 23 VGVO diejenige materielle Vorschrift sieht, aus der die Beweislastverteilung im Anfechtungsprozeß zu entnehmen sei. § 23 VGVO gebe die materiellrechtliche Voraussetzung für den Erfolg der Anfechtung. Folglich trage auch der Kläger, der aus der von § 23 VGVO vorausgesetzten Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ein Recht auf Aufhebung desselben herleite, für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit die Beweislast. Im übrigen spreche der Grundsatz, daß ein Verwaltungsakt bis zu seiner Aufhebung die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich habe, für die Richtigkeit der Beweislastverteilung in der vom BVwG vorgenommenen Weise. Eine solche Beweislastverteilung entspreche der Funktion des Anfechtungsprozesses, nämlich der Rechtsschutzgewährung zugunsten des Betroffenen.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Denn einer der Grundsätze der Beweislastverteilung ist, daß die Verteilung unabhängig von der Prozeßart ist ⁴⁾. Eine Abweichung von dieser Regel bedarf daher besonderer Rechtfertigung. Eine solche ist jedoch nicht ersichtlich. Den einzigen Grund, die Beweislast an die Prozeßrechtsstellung als Anfechtungskläger zu knüpfen, entnehmen das BVwG und Bettermann der Vorschrift des § 23 VGVO.

1) TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956 S. 684, MENDER, Rechtsprechung S. 282, HOFFMANN, Beweislast S. 605, DAHLINGER, Beweislast S. 8, BACHOF, Rechtsprechung S. 377, RUCKRIEGEL, Beweislast S. 533.

2) TIETGEN, Anm. zum Urteil des BVwG v. 18. 4. 1956 S. 684, DAHLINGER, Beweislast S. 7/8, HOFFMANN, Beweislast S. 605, ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543 r. Spa.

3) Beweislast S. 85; ebenso wird die Entscheidung verteidigt von NEVERLA, Beweislast S. 619/620, der jedoch zu Unrecht davon ausgeht, daß das BVwG keine allgemeine Regel habe aussprechen wollen und somit die vertretene Ansicht nur für den entschiedenen Fall Bedeutung habe. Nach Inkrafttreten der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17) ist die dem § 23 VGVO entsprechende Vorschrift die des § 113 VwGO.

4) Vgl. S. 30.

Wie Tietgen, Dahlinger, Hoffmann und Ule ¹⁾ zu Recht feststellen, ist die Vorschrift des § 23 I VGVO 165 jedoch ungeeignet, einen Anhalt für die Beweislastverteilung zu geben, da sie die Verschiedenartigkeit derjenigen Rechtsverhältnisse, die dem jeweiligen Verwaltungsakt zugrundeliegen, völlig außer acht läßt ²⁾. In diesem Sinne hat auch das BSozG in seiner von Menger ³⁾ begrüßten Entscheidung ⁴⁾ ausgeführt, wer die Beweislast trage, könne nur "denjenigen Normen, deren Anwendung zugunsten eines Beteiligten in Betracht kommt, nicht etwa der Verfahrensordnung schlechthin" entnommen werden.

Bettermann und mit ihm der V. Senat des BVwG in der genannten Entscheidung vom 18. 4. 1956 legen zwar den Satz zugrunde, daß jede Partei die Beweislast trage für die Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, dessen Rechtswirkung ihr zugute komme. Der grundlegende Fehler wird jedoch bei der Anwendung dieser Regel begangen. Die Grundregel der Beweislastverteilung bezieht sich auf Rechtssätze des materiellen Rechts, da nur so der Verschiedenartigkeit der Rechtswirkungen der einzelnen Rechtssätze Rechnung getragen und eine dem einzelnen Fall angepaßte Beweislastverteilung getroffen werden kann. Es drängt sich ein Vergleich mit der Rechtsprechung des preußischen OVG zur Beweislastverteilung bei Anfechtungsklagen gegen polizeiliche Verfügungen auf ⁵⁾; hier wie dort wird als Sitz der Beweislastregel eine Vorschrift des Verfahrensrechts, nämlich § 23 I VGVO bzw. § 127 prLVG, angesehen ⁶⁾. Das Argument, das Schultzenstein ⁷⁾ dem PrOVG entgegenhielt, es lasse die zufällige Prozeßrechtsstellung des Klägers entscheiden, kann heute umsomehr gegen die Entscheidung des BVwG v. 18. 4. 1956 erhoben werden, als in einigen Streitigkeiten die Frage, welcher Beteiligte

1) Vgl. S. 94 Note 2.

2) Wie RUCKRIEGEL, Beweislast S. 543 m. E. zu Recht vermutet, ist Bettermanns Auffassung über die Beweislastverteilung im Anfechtungsprozeß durch dessen Auffassung über den Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses beeinflusst worden. Denn nach BETTERMANN, Streitgegenstand S. 163 ff., 202 ff. ist Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses das Recht oder der Anspruch des Klägers auf Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes.

3) Rechtsprechung S. 283.

4) BSozG v. 24. 10. 1957 = NJW 1958 S. 39 f. (40).

5) Vgl. S. 16/17.

6) Die Auffassung BETTERMANNs, Beweislast S. 85 § 23 IVGVO sei eine Vorschrift mit materiellrechtlichem Charakter, kann nicht überzeugen; gegen ihn z. B. ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543 r. Sp.

7) Vgl. S. 16 Note 7.

als Kläger auftritt, sich nach dem - für die Beweislastverteilung unerheblichen - Ausgang des Vorverfahrens richtet. So fällt z.B. bei Rechtsstreitigkeiten über die Verweigerung des Wehrdienstes je nach dem Ausgang des Vorverfahrens die Rolle des Klägers bald dem Wehrpflichtigen, bald der Wehrrersatzbehörde zu 1) 2).

Im übrigen würde bei der vom BVwG in der Entscheidung vom 18.4.1956 vorgenommenen Beweislastregelung eine Verteilung der Beweislast, die eine Grundforderung auch im Verwaltungsprozeß ist 3), ausgeschlossen sein.

Ebensowenig greift das Argument Bettermanns durch, ein Verwaltungsakt habe die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich, infolgedessen sei auch aus diesem Grunde die Beweislastverteilung in der vom BVwG angenommenen Weise gerechtfertigt. Denn, wie gezeigt 4), beinhaltet dieser Grundsatz nicht eine Vermutung im eigentlichen, technischen Sinne mit Einfluß auf die Beweislast. Auch der weiteren Begründung Bettermanns, die vom BVwG in der Entscheidung vom 18.4.1956 vorgenommene Beweislastregelung entspreche der Funktion des Anfechtungsprozesses, nämlich der Rechtsschutzgewährung des Betroffenen, überzeugt nicht. Gerade eine wirk-same Rechtsschutzgewährung würde erfordern, daß die Beeinträchtigung von Individualrechten durch Subjekte hoheitlicher Gewalt dann keinen Bestand haben kann, wenn der konkrete Lebenssachverhalt, der den zum Eingriff berechtigenden Rechtssatz ausfüllen soll, zweifelhaft bleibt 5).

Ein Vergleich mit zivilprozessualen Klagemöglichkeiten, bei denen die "normalen Parteirollen" vertauscht sind, also der prozessual Angreifende nicht auch gleichzeitig ein materiell-rechtliches Recht geltend macht, zeigt ebenfalls, daß es unrichtig ist, grundsätzlich dem Anfechtungskläger die Beweislast aufzuerlegen.

So muß bei der Unterlassungsklage des Zivilprozesses der Kläger beweisen, daß ein Eingriff in sein geschütztes Rechtsgut erfolgt ist, der

1) BVwG v. 8. 8. 1958 = BVwGE Bd. 7 S. 209.

2) Daß dieser Umstand der Anwendung der in der E v. 18. 4. 1956 ausgesprochenen Regel entgegensteht, hat das BVwG in seiner E v. 3. 10. 1958 = BVwGE Bd. 7 S. 243 ff. (250) selbst betont; vgl. auch den Fall des OVG Koblenz v. 29. 9. 1955 = OVGE Bd. 4 S. 333 ff., wo es ebenfalls vom Ausgang des Vorverfahrens abhing, ob die Gemeinde oder die betroffene Zivilperson - es handelte sich um die Heranziehung zu Wassergeld - Klage vor dem VG zu erheben hatten.

3) Vgl. S. 19.

4) Vgl. S. 90.

5) Hierauf weist auch TIETGEN, Schlußwort S. 87 hin.

Beklagte demgegenüber, daß der Eingriff nicht rechtswidrig ist, weil der Kläger zu seiner Duldung verpflichtet ist ¹⁾. Werden ähnliche Grundsätze auf die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage angewendet, so ergibt sich folgendes Bild: Bei der Anfechtungsklage steht der erfolgte Eingriff fest; idR wird daher das beklagte Hoheitssubjekt die Beweislast für das Vorhandensein derjenigen Voraussetzungen treffen, die einen zum Eingriff berechtigenden Rechtssatz erfüllen.

Menger ²⁾ hat die Parallelität zwischen der Anfechtungsklage gegen einen die Entmündigung aussprechenden Beschluß nach §§ 664 ff. ZPO und verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen herausgestellt. Im Prozeß hat der Entmündigte, der durch den Entmündigungsbeschluß in seinen Rechten beeinträchtigt wird, in der Regel die Stellung des Klägers ³⁾, obwohl "er sich materiell in der Defensive befindet" ⁴⁾. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des überprüften Entmündigungsbeschlusses, nämlich die des § 6 BGB vorliegen, trägt aber nicht der Kläger, sondern der Beklagte ⁵⁾. Entsprechend trägt im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß das beklagte Hoheitssubjekt die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen des zum Eingriff berechtigenden Rechtssatzes.

Wiederum Menger ⁶⁾ hat zur Vergleichung der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß mit derjenigen des Zivilprozesses auf eine zivilprozessuale Klage hingewiesen, bei der die Unabhängigkeit der Beweislast von der Parteistellung besonders deutlich wird, nämlich auf die negative Feststellungsklage. Bei der negativen Feststellungsklage des Zivilprozesses richtet sich die Beweislastverteilung allein nach der Bedeutung des "materiellen Begehrens" ⁷⁾, die prozessuale Parteistellung ist für die Beweislastverteilung ohne Bedeutung ⁸⁾. Entscheidend ist allein der Charakter der beiderseitigen

1) Z.B. ROSENBERG, Beweislast S.154; auf die Parallele hinsichtlich der Beweislastverteilung bei der zivilprozessualen Unterlassungsklage und der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage weist RUCKRIEGEL, Beweislast S. 534 hin.

2) System S.182 ff.

3) Es gibt auch ein Klagerecht des Staatsanwaltes und des gesetzlichen Vertreters des Entmündigten, §§ 664 II, 646 ZPO.

4) MENDER, System S.182.

5) ROSENBERG, Beweislast S.33; Beklagter ist idR der Staatsanwalt, § 666 I ZPO.

6) Rechtsprechung S.282.

7) MENDER, Rechtsprechung S.282.

8) Z.B. SYDOW-BUSCH, ZPO Anm.1 zu § 256; SCHÖNKE, Zivilprozeßrecht § 44 III 6; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO 4 D zu § 256.

Rechtsbehauptungen: Bestreitet der Kläger nur einen bestimmten vom Beklagten behaupteten Vorgang, so hat der Beklagte diesen zu beweisen. Macht der Kläger dagegen als Grund der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses geltend, es seien rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gegeben, wie z.B. Erlöschensgründe aller Art, so trägt der Kläger hierfür die Beweislast ¹⁾. Auch im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß kommt es entscheidend auf die beiderseitigen Rechtsbehauptungen an. Beruft sich das beklagte Hoheitssubjekt auf einen zum Eingriff berechtigenden Rechtssatz, z.B. auf § 14 nWOBG, so trifft die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 nWOBG den Beklagten. Beruft sich dagegen der Anfechtungskläger zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens auf einen rechtsfolgehindernden Rechtssatz, z.B. er sei ausnahmsweise nicht polizeipflichtig, weil ein anderer gegen seinen - des Eigentümers - Willen die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe, so trifft die Beweislast für das Vorliegen dieser Ausnahmevoraussetzungen den Kläger.

Daß die Entscheidung des V. Senats des BVwG vom 18.4.1956 verfehlt war, ergibt sich im übrigen bereits aus der späteren Rechtsprechung des BVwG. Derselbe Senat hat in seiner Entscheidung vom 4.5.1956 ²⁾ die Beweislast der im Anfechtungsprozeß beklagten Wohnungsbehörde für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 VI WohnrbewG (Ausnahmsweises Versagen des Auswahlrechts) damit begründet, daß es sich bei dieser Vorschrift um eine Ausnahme von der Regel des § 15 I WohnrbewG handele. Damit wurde zum Zwecke der Beweislastverteilung zu Recht auf eine materiell-rechtliche Vorschrift zurückgegriffen.

Ebenso hat der II. Senat des BVwG bei Anfechtungsklagen gegen auf § 7 RegG gestützte Verwaltungsakte die Beweislastverteilung richtigerweise dem materiellen Recht, nämlich § 7 RegG, entnommen, wenn ausgeführt wird, daß die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 I zweite Alternative RegG ³⁾ grundsätzlich "der obersten Dienstbehörde"

1) Z.B. STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. IV 5 zu § 256.

2) DVBl. 1956 S. 685;

auch TIETGEN, Schlußwort S. 87 sieht diese Entscheidung bereits als eine Abweichung von der des 18.4.1956 an.

3) § 7 I RegG lautet: "Ernennungen und Beförderungen, die beamtenrechtlichen Vorschriften widersprechen oder wegen enger Verbindung zum Nationalsozialismus vorgenommen worden sind, bleiben unberücksichtigt. Das gleiche gilt für Verbesserungen des Besoldungsdienstalters und der ruhegehaltsfähigen Dienstzeit".

aufzuerlegen sei 1).

In der Entscheidung des VII. Senats vom 7. 3. 1958 2) endlich findet sich der Satz, daß auch in Verfahren zur Änderung des Familiennamens "der allgemeine Grundsatz anzuwenden ist, wonach die Verwaltungsbehörde für die von ihr getroffenen Maßnahmen und Anordnungen die erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen zu schaffen hat" und es nicht dem Betroffenen überlassen dürfe, "die Unrichtigkeit des von ihr ohne eingehende Prüfung Verfüigten nachzuweisen".

Es ist zu erwarten, daß das BVwG, wie bereits in den letztgenannten Entscheidungen angedeutet, die im Urteil des V. Senats v. 18. 4. 1956 vertretene Auffassung, im Anfechtungsprozeß treffe die Beweislast grundsätzlich den Kläger, überprüfen und ändern wird.

Gegenüber der Auffassung, die Beweislast treffe grundsätzlich den Anfechtungskläger, verfällt das OVG Münster "in ein anderes Extrem" 3). Das Gericht übernimmt zwar die Formel Rosenbergs, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, der ihr Prozeßbegehren rechtfertigen würde 4). Jedoch ist die Folgerung, dieser Grundsatz bedeute, daß im Anfechtungsprozeß die Beweislast grundsätzlich das beklagte Hoheitssubjekt treffe, während andererseits der Vornahmekläger 5) idR die Beweislast trage, in dieser Allgemeinheit unrichtig 6). Das OVG Münster geht offenbar davon aus, daß mit der Anfechtungsklage sich in der Regel eine Zivilperson gegen einen hoheitlichen Eingriff zur Wehr setze, während mit der Verpflichtungsklage

1) E v. 9. 12. 1955 = DVBl. 1956 S. 335 sowie
E v. 27. 1. 1956 = ZBR 1956 S. 127.

2) DÖV 1958 S. 704 ff. (705).

Bei dieser Entscheidung handelte es sich offenbar ebenfalls um eine Anfechtungsklage; zu dieser E vgl. auch S. 21.

3) MENDER, Rechtsprechung S. 281.

4) Vgl. S. 31 Noten 2 und 3.

5) Die Vornahmeklage unterfällt nach der neuen bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung dem Oberbegriff der Verpflichtungsklage, vgl. § 42 VwGO.

6) Vgl. OVG Münster E v. 25. 2. 1955 = DVBl. 1955 S. 670 ff. (672) = OVGE Bd. 10 S. 12; v. 19. 10. 1956 = DÖV 1957 S. 91/92; v. 21. 6. 1957 = DVBl. 1958 S. 64 ff. (65); es ist jedoch nicht zu verkennen, daß das OVG Münster selbst anspruchsverneinende Rechtssätze im Rahmen einer Vornahmeklage zur Beweislastverteilung herangezogen hat und die Beweislast dem Beklagten auferlegt hat, so z. B. in der E v. 23. 5. 1957 = NJW RzW 1958, 234 f.

idR ein Anspruch, der nur unter bestimmten Voraussetzungen zusteht, geltend gemacht werde.

Ähnlich dem OVG Münster ¹⁾ vertritt Tietgen ²⁾ die These, daß im Anfechtungsprozeß idR das beklagte Hoheitssubjekt die Beweislast treffe. Tietgen erkennt zwar richtig, daß bei der Frage nach der Beweislastverteilung auf den materiellen Verwaltungsrechtssatz, dessen Rechtsfolge umstritten ist, zurückzugehen ist ³⁾. Aus den von ihm gegebenen Beispielen ⁴⁾ und Formulierungen ⁵⁾ ergibt sich jedoch, daß er lediglich die Fälle im Auge hat, in denen die Verwaltung durch Verwaltungsakte in Individualrechte von Zivilpersonen eingreift, z.B. durch das Verbot einer Versammlung, die Auferlegung von Zwangsgeld. Tietgen ist zuzustimmen, daß in diesen Fällen die Subjekte öffentlicher Verwaltung die Beweislast tragen für das Vorhandensein der Voraussetzungen, die ihr Eingreifen und ihren Klagabweisungsantrag rechtfertigen würden ⁶⁾.

Der Fehler Tietgen wie auch der des OVG Münsters liegt jedoch darin, daß sie im Anfechtungsprozeß grundsätzlich dem beklagten Hoheitssubjekt die Beweislast auferlegen und damit -praktisch- die Beweislastverteilung an die Klagart ⁷⁾ sowie die Prozeßrechtsstellung binden ⁸⁾. Es ist zwar richtig, daß sich eine Zivilperson mit der Anfechtungsklage idR gegen einen behördlichen Eingriff in ihre Rechte zur Wehr setzt. Jedoch kann aus der Häufigkeit eines Umstandes allein noch keine allgemeine Regel abgeleitet werden ⁹⁾. Eine Unterscheidung nach Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zum Zwecke der Beweislastverteilung ist schon deshalb bedenklich, weil mit der Anfechtungsklage durchaus auch ein materieller Anspruch geltend gemacht werden kann. Menger ¹⁰⁾ nennt als Beispiel hierfür die im Sozialversicherungsrecht erlassenen "Feststellungsbescheide mit negativem Inhalt", die "materiell keine Eingriffe in die Sphäre des Bürgers, sondern bloße Zahlungsverweigerungen" seien. Auch in den Fällen, in denen das

1) Das sich in der E v. 19.10.1956 = DÖV 1957, 91/92 auf Tietgen beruft.

2) TIETGEN, Schlußwort S. 86 ff. (87).

3) HOFFMANN, Beweislast S. 605 wirft TIETGEN zu Unrecht vor, er rücke den Verwakt zu sehr in den Vordergrund.

4) Schlußwort S. 87 oben.

5) AaO.: "Rechtsverkürzungen", "eingreifende Behörde".

6) Ähnlich ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 543 r. Spa.

7) MENDER, Rechtsprechung S. 282, RUCKRIEGEL, Beweislast 535.

8) Vorwurf MENDERS, Rechtsprechung S. 282.

9) Vgl. RUCKRIEGEL, Beweislast S. 535 link. Spa.

10) Rechtsprechung S. 282..

Gesetz dem Kläger in bestimmten Ausnahmefällen einen unmittelbaren Anspruch auf gewisse Rechte, die er selbst ohne Mitwirkung der Verwaltung verwirklichen kann, gibt und in denen ihn ein Subjekt hoheitlicher Gewalt durch einen versagenden Bescheid an der Ausübung dieser Rechte hindert, steht ihm u. U. für diesen Rechtsanspruch nur die Aufhebungsklage zur Verfügung 1).

Erscheint es schon deshalb bedenklich, das Problem der Beweislastverteilung im Anfechtungsprozeß auf diese "allgemeine Formel" 2) zu bringen, so kommt hinzu, daß die Auffassung, wonach im Anfechtungsprozeß das beklagte Subjekt öffentlicher Verwaltung die Beweislast trage, nicht nur nicht die Fälle umfaßt, in denen der Anfechtungskläger einen Anspruch geltend macht, sondern ebenfalls nicht die weit wichtigere Gruppe, in der sich der Anfechtungskläger auf einen Rechtssatz mit Gegenwirkung gegen die zum Eingriff berechtigende Vorschrift beruft. Hat z.B. das beklagte Hoheitssubjekt die Grundlage seines Befehls zu beweisen, so trifft den Anfechtungskläger die Beweislast hinsichtlich solcher tatsächlicher Voraussetzungen, die eine ausnahmsweise gegebene Befreiungsvorschrift ausfüllen 3).

Es bleibt daher hervorzuheben, daß auch im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß die Beweislastverteilung sich nach den allgemeinen Regeln richtet, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, der ihr Prozeßbegehren

1) MENDER, Rechtsprechung S. 282/283.

2) ENGELHARD, Anfechtungsklage - Vornahmeklage S. 1377 ff. (1379), der ebenfalls der Ansicht des OVG Münsters kritisch gegenübersteht.

3) GELLRICH, Beweislast S. 175 ff. (176); vgl. hierzu auch § 19.

Am einfachsten dürfte die Beweislastverteilung beim Vorliegen einer Verpflichtungsklage zu erkennen sein, weil es hier idR so liegt, daß der Kläger ein volles subjektives öffentliches Recht mit Leistungsanspruch geltend macht und dementsprechend hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen seines Leistungsanspruchs beweisbelastet ist. Dennoch trifft den Kläger nicht immer die Beweislast. Einmal ist, worauf MENDER, Rechtsprechung S. 283 hinsichtlich der Vornahmeklage hingewiesen hat, die Verpflichtungsklage nicht stets die prozessuale Form eines Anspruchs im Sinne des materiellen Rechts. Zum andern trifft die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen rechtsfolgehindernder, rechtsfolgevernichtender und rechtsfolgehemmender Rechtssätze dann nicht den Kläger, wenn er sich zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens auf einen berechtigenden, insbesondere anspruchsbegründenden Rechtssatz beruft.

rechtfertigen würde. Auch im Anfechtungsprozeß wird die Anwendung dieser Regel erleichtert durch die Einteilung der Rechtssätze in berechtigte und solche mit Gegenwirkung. Da es sich auch im Anfechtungsprozeß idR um Rechtssätze des materiellen Rechts handelt, deren Anwendung streitig ist, gilt auch hier, daß die Beweislastverteilung unabhängig von der Prozeßrechtsstellung sowie der Klagart ist.

§ 29: Beweislast und Prozeßrechtssätze

Soweit es sich um die Anwendung von Tatbeständen des Prozeßrechts handelt, trägt jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen desjenigen Prozeßrechtssatzes, der ihrem Antrag zugrundeliegt ¹⁾.

Diese Regelung entspricht dem allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Beweislast trägt für das Vorhandensein der Voraussetzungen des für sie - gemessen an ihrem Begehren - günstigen Rechtssatzes. So trägt z.B. beim Antrag auf Bewilligung des Armenrechts der das Armenrecht Erstrebende die Beweislast für das Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen ²⁾. Entsprechendes gilt für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ³⁾ oder für die Begründung der Ablehnung eines Richters ⁴⁾.

Insbesondere trägt grundsätzlich der Kläger die Beweislast für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen ⁵⁾. Wird z.B. die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlichen Rechtsverhältnisses begehrt, so ist hervorzuheben, daß als Prozeßvoraussetzung das berechtigte Interesse des Klägers an alsbaldiger verwaltungsgerichtlicher Feststellung hinzukommen muß ⁶⁾. Die Beweislast für das Vorhandensein des Feststellungsinteresses trifft demnach den Kläger ⁷⁾.

Berücksichtigt man die Eigenarten des Verwaltungsprozesses, so kann im übrigen hinsichtlich der Frage der Beweislastverteilung bei der

1) ROSENBERG, Beweislast S.387.

2) §§ 107 VGVO, 133 VGG und § 75 BVwGG enthalten eine Verweisung auf Vorschriften der ZPO; jetzt: § 166 VwGO.

3) §§ 36 VGVO, 33 VGG, 22 BVwGG; die Angaben müssen "glaubhaft" gemacht werden; jetzt: § 60 VwGO.

4) §§ 38 S.1 VGVO, 17 S.1 VGG, 13 BVwGG i. V. m. den entspr. Vorschriften der ZPO; jetzt: § 54 VwGO.

5) Für den Verwaltungsprozeß: DAHLINGER, Beweislast S.8.

6) §§ 52 VGVO, 24 VGG, 16 I BVwGG, jetzt: § 42 VwGO; das Feststellungsinteresse ist Prozeßvoraussetzung: z.B. MENGER, System S.244.

7) Z.B.: WIECZOREK, ZPO II. Bd. Teil 1 Anm.C 1 zu § 256.

Geltendmachung von Prozeßrechtssätzen weitgehend auf die im Zivilprozeß entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden ¹⁾.

§ 30: Beweislast und Revision

Die Revision gegen Endentscheidungen des obersten Verwaltungsgerichts eines Landes kann grundsätzlich nur eingelegt werden, wenn sie zugelassen worden ist ²⁾. Werden jedoch lediglich wesentliche Mängel des Verfahrens gerügt und liegt eine der im § 53 II BVwGG bezeichneten Voraussetzungen vor, so bedarf es einer Zulassung nicht ³⁾. Im übrigen sind bei der Rüge von Verfahrensmängeln nur die geltend gemachten Gründe nachzuprüfen ⁴⁾.

Für die Frage der Zulassung der Revision wie für den Umfang der Nachprüfung ist es daher von Bedeutung, welchem Rechtsgebiet die Beweislast angehört.

Die Frage, ob die Beweislast dem materiellen Recht, dem Prozeßrecht oder teils dem materiellen, teils dem Prozeßrecht angehört, ist für den Zivilprozeß umstritten ⁵⁾. Für den Verwaltungsprozeß hat sich, soweit ersichtlich, bisher lediglich Kniesch ⁶⁾ dafür ausgesprochen, bei der Verletzung von Beweislastregeln auch ohne besondere Zulassung die Revision zum BVwG zu ermöglichen ⁷⁾. Kniesch rechnet damit die Beweislastregeln zum Gebiete des Prozeßrechts. Dieser Auffassung kann nicht in vollem Umfang zugestimmt werden.

Behält man im Auge, daß die Beweislastregeln Regeln der Rechtsanwendung sind, so müssen sie demselben Rechtsgebiet zugeordnet werden, wie der Rechtssatz, dessen Anwendung infrage steht ⁸⁾. Da in der Mehrzahl

1) Vgl. ROSENBERG, Beweislast S. 386 ff.

2) § 53 BVwGG.

3) § 54 I BVwGG.

4) § 56 III BVwGG, vgl. auch § 559 ZPO.

5) Erschöpfende Nachweise bei ROSENBERG, Beweislast S. 77/78.

6) Beweislast S. 454.

7) Die Entscheidung des BVwG v. 9. 10. 1957 = DÖV 1958, S. 59/60 betrifft den Fall, daß als Verfahrensmangel fehlerhafte Beweiswürdigung gerügt wurde.

8) So vor allem ROSENBERG, Beweislast S. 81/82; ebenso SCHÖNKE, Zivilprozeßrecht S. 261 und RG in JW 1937, 2228 sowie BGH v. 11. 2. 1955 = LM Nr. 8 zu § 559 ZPO für die Frage, ob eine Verletzung von Beweislastregeln eine Verletzung von verfahrensrechtlichen Rechtssätzen oder eine sonstige Rechtsverletzung nach § 559 ZPO darstellt.

A. A. z. B. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anhang zu § 282 Anm. 1 B; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, ZPO Anm. IV 3 zu § 282.

der Fälle im Verwaltungsprozeß die Anwendung materieller Rechtssätze überprüft wird, gehören demnach die Beweislastregeln insoweit dem materiellen öffentlichen Recht an. Für diese Auffassung spricht weiter entscheidend der Umstand, daß, wie noch zu zeigen ist, Beweislastfragen nicht nur im Verwaltungsprozeß, sondern auch im Verwaltungsverfahren entstehen und daß in beiden Fällen die Frage der Verteilung der Beweislast idR anhand materiellen Rechts zu entscheiden ist.

Wird demnach die Revision zum Bundesverwaltungsgericht ausschließlich auf die Verletzung von Beweislastregeln gestützt, so bedarf sie besonderer Zulassung. Die Nachprüfung ist nicht auf die geltend gemachten Gründe beschränkt, § 56 III BVwGG ist nicht anzuwenden.

II. Teil : Die Beweislast im Verwaltungsverfahren

1. Abschnitt : Vorhandensein einer Beweislast

1. Kapitel : Grundlegung

§ 31: Der Begriff des Verwaltungsverfahrens

Eine Begriffsbestimmung wird vor allem durch eine fehlende umfassende gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens erschwert ¹⁾. Im folgenden soll versucht werden, den Begriff des Verwaltungsverfahrens in Umschreibung und negativer Abgrenzung zu erhellen ²⁾.

Die Abgrenzung gegenüber dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bereitet nur geringe Schwierigkeiten. Insbesondere gehört das dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgeschaltete Vorverfahren (Einspruch, Beschwerde bzw. Widerspruch) zum Verwaltungsverfahren, ohne daß die innigen Wechselbeziehungen zwischen Verwaltungsvorverfahren und Verwal-

- 1) Einzelne Teile des Verwaltungsverfahrens sind bundesrechtlich, andere durch Ländergesetze geregelt; im Bund: Verwaltungszustellungsgesetz v. 3. 7. 1952 (BGBl. I S. 379), Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 27. 4. 1953 (BGBl. I S. 157); in den Ländern: Baden-Württemberg: LandesverwaltungsG v. 7. 11. 1955 (GBl. S. 225), Berlin: VerwaltungsverfahrenG v. 2. 10. 1958 (GVBl. S. 951), Bremen: G über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang v. 11. 4. 1934 (GBl. S. 132) i. d. F. v. 29. 10. 1954 (GBl. S. 111 ber. 161), im Saarland: G über die allgemeine Landesverwaltung v. 13. 7. 1950 (ABl. S. 796), Thüringen: Landesverwaltungsordnung v. 10. 6. 1926 (GS. S. 177) i. d. F. v. 26. 11. 1945 (GS. 1946 S. 53).
- 2) BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 118 f. hält eine exakte Definition des Begriffs des Verwaltungsverfahrens nicht für möglich und versucht daher ebenfalls durch Umschreibung und negative Abgrenzung den Begriff des Verwaltungsverfahrens zu beleuchten.

tungsgerichtsbarkeit verkannt werden sollen 1) 2).

Zum Verwaltungsverfahren soll ferner nur eine externe ³⁾ Tätigkeit von Subjekten hoheitlicher Gewalt gerechnet werden, deren Gegenstand also ein Handeln mit Außenwirkung ist. Damit scheiden verwaltungsinterne Angelegenheiten für den Begriff des Verwaltungsverfahrens aus ⁴⁾.

Zum Verwaltungsverfahren werden ferner nur diejenigen Verfahren

-
- 1) Nicht zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren rechnen das Vorverfahren: KRATZER, Zum Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung S. 78 f., FELLNER, Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern S. 95ff. (98), HELD, Der autonome Verwaltungsstil der Länder und das Bundesratsveto nach Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes S. 50 ff. (72), REUß, Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet S. 656 ff. (657), BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 119.
- Zu der Frage, ob eine Zuständigkeit des Bundes gemäß Art. 74 Ziff. 1 GG (Regelung des gerichtlichen Verfahrens) zur Regelung des Vorverfahrens besteht, wie sie in der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung (§§ 68 ff. VwGO) beansprucht wird, soll hier nicht im einzelnen Stellung genommen werden; vgl. dazu BACHOF, Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 6 ff. (8 Note 15), der eine Zuständigkeit kraft notwendigen Sachzusammenhangs annimmt, sowie andererseits BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 154/155, der eine solche Zuständigkeit verneint.
- 2) Über die neuerliche Kontroverse zwischen BACHOF und ULE über die Wechselbeziehungen zwischen Vorverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. BACHOF, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz S. 26 und S. 51 f., derselbe, Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 6 ff., ULE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 597 ff. und in DVBl. 1958 S. 9 f.; vgl. hierzu auch BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 164 ff.
- 3) Berechtigung und Möglichkeit einer Unterscheidung zw. innen und außen bestreitet neuerdings KRÜGER, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung S. 217.
- 4) So auch KÖTTGEN, Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung S. 424, REUß, Verwaltungsverfahren S. 657, BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 134 unterscheidet zw. internem und externem Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahren iW und ieS).

gerechnet, die in den Verwaltungsrechtsweg einmünden können ¹⁾. Dadurch wird der Begriff des Verwaltungsverfahrens auf die hoheitliche Verwaltung beschränkt und die rein fiskalische Verwaltung ausgeschieden ²⁾.

Diese Auffassung vom Verwaltungsverfahren entspricht derjenigen des Österreichischen Allgemeinen Verfahrensgesetzes ³⁾, der thüringischen Landesverwaltungsordnung ⁴⁾, des Berliner Verwaltungsverfahrensgesetzes ⁵⁾, des bremischen Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang ⁶⁾ sowie der Ansicht des württembergischen Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes ⁷⁾.

Zum Begriff des Verwaltungsverfahrens gehört ferner nicht notwendig die Förmlichkeit des Verfahrens, die oft Schnelligkeit und Zweckmäßigkeit hinderlich sein würde. So statuiert z.B. § 6 berlVwVerfG den Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens ⁸⁾.

-
- 1) REUB, Verwaltungsverfahren S. 657, definiert das Verwaltungsverfahren als "die gesamte übergreifende Einheit des auf rechtliche Wirksamkeit nach außen gerichteten Verwaltungshandelns bis zum Übergang in das verwaltungsgerichtliche Verfahren", BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 136/135, allerdings nur für das "Verwaltungsverfahren i.e.S".
 - 2) Zum Begriff der hoheitlichen und fiskalischen Verwaltung vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 23.
 - 3) Zum oeAVG vgl. MELICHAR, Verwaltungsverfahren S. 183 ff. (196), der das Verwaltungsverfahren offenbar auch auf hoheitliche Tätigkeit beschränkt wissen will, obschon er von der "obrigkeitlichen Verwaltung" spricht; über die oft unterschiedliche Handhabung der Begriffe hoheitlich und obrigkeitlich vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 23 II b 1.
 - 4) §§ 57 ff. thürLVO.
 - 5) §§ 4, 11, 14, 15, 19 berlVwVerfG stellen den Verwalt in den Mittelpunkt.
 - 6) § 1 I breVwVerfG: "Verfahren vor den Verwaltungsbehörden".
 - 7) Art. 1 I des VerwaltungsverfahrensG in wüEVRO S. 645 f. (Anhang): "Verfahren bei den.. Verwaltungsbehörden, soweit sie in Ausübung der Staatshoheit tätig werden".
 - 8) § 6 berlVwVerfG: "Das Verwaltungsverfahren ist, soweit nichts anderes gesetzlich vorgeschrieben ist, an bestimmte Formen nicht gebunden".

Im Mittelpunkt des Verwaltungsverfahrens steht der Erlaß, der Vollzug und die Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle von Verwaltungsakten 1).

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Verwaltungsverfahrens vom materiellen Verwaltungsrecht. Ein Mittel der Abgrenzung ist m. E. das von Merkl 2) benutzte Bild von Weg und Ziel, oder, wie Menger 3) hinsichtlich der Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Verwaltungsakt ausgeführt hat, ob Vorschriften den Vorgang des Ergehens eines Verwaltungsaktes oder aber den Inhalt des Aktes selbst betreffen 4). Auch die Formulierung Bettermanns 5), das materielle Verwaltungsrecht regelt das zu Vollziehende, den "Vollzug des Verwaltungsverfahrens" scheint in diese Richtung zu deuten 6) 7).

Man kann demnach zusammenfassend das Verwaltungsverfahren bezeichnen als die nicht notwendig förmliche Art und Weise der Durchführung einzelfallregelnder hoheitlicher Tätigkeit von Subjekten öffentlicher Verwaltung 8).

-
- 1) FELLNER, Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern S. 107 unten, REUß, Verwaltungsverfahren S. 657, BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 122 faßt unter den Begriff des Verwaltungsverfahrens auch Rechtssetzungsakte und sogar die Willensbildung und den Willensvollzug bei rein fiskalischem Handeln.
 - 2) Allgemeines Verwaltungsrecht S. 213, ihm folgend ANTONIOLLI, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 222.
 - 3) MENDER, System S. 103.
 - 4) Vgl. auch den Diskussionsbeitrag von MENDER im Anschluß an das von BETTERMANN gehaltene Referat über das Verwaltungsverfahren in VVDStRL Heft 17 S. 219, in dem MENDER darauf hinweist, daß auf Grund seiner Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Verwakt eine Unterscheidung zwischen materiellem und Verwaltungsverfahrensrecht getroffen werden könne.
 - 5) Verwaltungsverfahren S. 140.
 - 6) Allerdings sieht BETTERMANN den Verwakt uneingeschränkt als ein Institut des Verwaltungsverfahrens an und setzt sich damit in Gegensatz zur Auffassung MENGERS.
 - 7) REUß, Verwaltungsverfahren S. 657 hält eine Abgrenzung nicht für erforderlich, weil das Verwaltungsverfahren "nur dem Bereich des Verfahrensrechts überhaupt" zugehöre.
 - 8) Zur Abgrenzung vom Organisationsrecht: BETTERMANN S. 130 f.

§ 32: Verwaltungsverfahren und Rechtsanwendung

Nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch ein Teil der materiellen Verwaltungstätigkeit besteht in der Rechtsanwendung ¹⁾, wenn auch die Ansichten über den Umfang der Rechtsanwendung auseinandergehen. So bezeichnet es beispielsweise Peters ²⁾ als eine "irrige Vorstellung", daß die Verwaltung im wesentlichen in der Rechtsanwendung bestehe ³⁾. Der hier (im Sinne Wolffs) vertretene Ermessensbegriff, wonach sich das Ermessen nur auf die gesetzliche Unbestimmtheit einer Rechtsfolge bezieht ⁴⁾, hat zur Folge, daß außer auf dem Gebiet der durch bestimmten Rechtssatz gebundenen Verwaltung von Rechtsanwendung auch dann gesprochen werden muß, wenn das Gesetz zwar einen Tatbestand festsetzt, aber die Setzung der Rechtsfolge dem Ermessen des zuständigen Organs überlassen hat ⁵⁾.

Da jede Rechtsanwendung die Ermittlung des konkreten Sachverhalts sowie dessen Subsumtion unter den abstrakten Tatbestand des Gesetzes, aus dem die Rechtsfolge im konkreten Fall gezogen wird, erfordert, befindet sich der Verwaltungsbeamte insoweit in keiner anderen Lage als der Richter. Beide sind insoweit Rechtsanwender, ohne daß hier die Frage nach der Verschiedenheit ihrer Funktionen nachgegangen werden soll ⁶⁾.

Notwendiger Teil der Rechtsanwendung ist die Ermittlung des konkreten Lebenssachverhaltes, der der Entscheidung zugrunde zulegen ist. Sie geschieht im Verwaltungsverfahren - wie im Verwaltungsprozeß - von Amts

1) Z.B. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I a.

2) Lehrbuch S. 6.

3) In der älteren Literatur ähnlich Peters: HATSCHEK-KURTZIG, Lehrbuch S. 6 f., FLEINER, Institutionen S. 6.

4) Vgl. S. 74.

5) Wird der materielle Begriff der Rechtspflege mit dem Kriterium der Rechtsanwendung erfaßt, so fallen unter den Begriff der "Rechtspflege" nicht nur das gerichtliche Verfahren, sondern auch das Verfahren im Bereich des FGG und das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, soweit letztere Rechtsanwendung betreiben, vgl. hierzu MENDER, System S. 33/34 sowie WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I a.

6) Nachweisungen hierzu bei MENDER, System S. 25, WOLFF, Verwaltungsrecht I verneint z.B. eine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung nach ihrem Zweck (§ 19 I a 3).

wegen 1). Als Erkenntnismittel steht eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Verfügung, z.B. Akten aller Art, Presseberichte, Publikationen und Denkschriften, Informationen auf Grund von Amtshilfe oder informatorischen Konferenzen der Behörden untereinander, auf Grund von Sachverständigen-gutachten, der Vernehmung von Beteiligten, auf Grund Augenscheinsein-nahme, durch Einsichtnahme in Urkunden usf. 2).

Dennoch ist wegen der Vielzahl der Fälle oft nur eine Entscheidung nach Aktenlage möglich, wodurch der Umfang der Sachaufklärung häufig nicht dem eines gerichtlichen Verfahrens entspricht 3).

Auch die Dringlichkeit, die die Behandlung mancher Fälle erfordert, ist einer umfassenden Sachaufklärung idR nicht förderlich 4).

Hinzu kommt, daß Verwaltungsorgane häufig noch in der Entwick-lung befindliche Geschehensabläufe beurteilen müssen, während der Ver-waltungsrichter idR einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt seiner Ent-scheidung zugrundelegen kann.

Diese Umstände bringen es mit sich, daß im Verwaltungsverfahren wohl noch häufiger als im Verwaltungsprozeß ein rechtserheblicher Tatum-stand ungeklärt bleiben kann. Dabei muß sich die Frage, wann dieser Fall eintritt, am Ideal der objektiven Richtigkeit orientieren, dem auch die Feststellung des Sachverhaltes unterliegt 5). Ein Ermessen hinsichtlich der Feststellung des Sachverhaltes besteht nicht 6).

1) Allgemein z.B. v. TUREGG, Lehrbuch S.180; z. T. finden sich gesetzli-
che Regelungen, die die amtswegige Aufklärung fordern: § 176 AVAVG,
§ 176 I BEG, § 16 III S.1 BVertrG, § 33 I FeststG, § 116 I FlurberG,
§ 20 KriegsgefEntschG, §§ 11 (Entscheidung des Aufnahmeausschusses)
und 14 (Verfahren vor dem Beschwerdeausschuß) der DVO zum Notauf-
nahmeG, §§ 18 S.1 GewO ("hat die Behörde zu prüfen"), 21 GewO,
§ 330 I LAG, § 19 III WehrpflG (Musterungsverfahren), § 26 VI WehrpflG
(Verfahren vor dem Prüfungsausschuß für Kriegsdienstverweigerer), § 33
VI WehrpflG (Widerspruchsverfahren vor der Musterungskammer);
allgemein: § 10 berlVwVerfG sowie § 39 II oeAVG.

2) KRAUTHAUSEN, Tatsachenerhebung S. 729 ff.

3) FORSTHOFF, Lehrbuch S.479.

4) Hierauf weist DAHLINGER, Schlußwort S. 620 hin.

5) Z.B. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 I b.

6) So ist es rechtsstaatswidrig, wenn der Gesetzgeber wie in § 5 I BaulandbG
es dem "Ermessen" der Behörde anheimstellt, festzustellen, ob ein rechts-
erheblicher Sachverhalt vorliegt, vgl. WOLFF, VR I § 31 I c 2.

Aus unserer Untersuchung sollen jedoch die Fälle ausgeschieden werden, in denen die Zweifelhaftheit hinsichtlich eines konkreten Sachverhaltes auf ungenügender Sachaufklärung oder fehlerhafter Beweiswürdigung des zuständigen Verwaltungsorgans beruht. Denn in diesen Fällen besteht die Fehlerhaftigkeit bereits in der ungenügenden Sachaufklärung bzw. in der Beweiswürdigung, so daß für die hier interessierenden Beweislastfragen kein Raum bleibt 1).

Bleibt trotz umfassend von Amts wegen versuchter Sachaufklärung ein entscheidungserheblicher Tatumstand zweifelhaft und beruht diese Zweifelhaftheit auch nicht auf fehlerhafter Beweiswürdigung, so muß dennoch eine Entscheidung getroffen werden 2), ausgenommen die Fälle, in denen es im Ermessen des zuständigen Organs liegt, ob es tätig werden will, ohne daß ein zu bescheidender Antrag vorliegt 3).

Ebensowenig wie der Verwaltungs- oder Zivilrichter darf ein Verwaltungsorgan, soweit es sich um Fragen der Rechtsanwendung handelt, in diesen Fällen von einer Entscheidung absehen. Ein non liquet in der Tatfrage darf auch im Verwaltungsverfahren nicht zu einem non liquet in der rechtlichen Beurteilung führen 4).

Damit stellt sich die Frage, wie in einem solchen Falle zu entscheiden ist.

1) Diese Fälle scheidet auch DAHLINGER, Schlußwort S. 620 Note 3 aus.

2) Die Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung durch ein Verwaltungsgericht wegen ungenügender Sachaufklärung durch die Behörde ist unzulässig. Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet zu weiterer Sachaufklärung, BVwG v. 26. 5. 1955 = BVwGE 2 S. 135 f.; vgl. die Bedenken BACHOFs, Rechtsprechung S. 377 1. Spalte.

3) U. U. kann auch die Untätigkeit eines Verwaltungsorgans trotz Ermessensfreiheit eine Amtspflichtverletzung sein, vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 31 II d 1 S. 139.

4) Auch in Fällen, in denen es im Ermessen des zuständigen Organs steht, ob eine Rechtsfolge gesetzt werden soll, kann die Betätigung des Ermessens nur erfolgen, wenn die etwaigen tatbestandlichen Voraussetzungen im tatsächlichen zweifelsfrei verwirklicht sind. Ein non liquet in der Tatfrage bedarf demnach auch in diesen Fällen einer rechtlichen Beurteilung.

2. Kapitel : Beweislast und Grundsätze des Verwaltungsverfahrens

§ 33: Vorhandensein einer objektiven Beweislast im Verwaltungsverfahren

Es erhebt sich die Frage, ob in den vorgenannten Fällen von einer Beweislast gesprochen werden kann.

Ebensowenig wie im Verwaltungsprozeß wird im Verwaltungsverfahren das Vorhandensein einer Beweislast durch die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ausgeschlossen. Denn eine objektive Beweislast, die nur danach fragt, wen der Nachteil der Unbewiesenheit eines rechtserheblichen Tatumstandes trifft, besteht unabhängig davon, wem die Beschaffung des Tatsachenstoffes und der Beweismittel obliegt 1).

Bedenken gegen die Übernahme des Begriffes der Beweislast bestehen auch nicht deshalb, weil der Begriff der Beweislast aus dem Bereich der Rechtsprechung, vornehmlich aus dem des Zivilprozesses, herrührt. Denn nach der hier vertretenen Auffassung besteht ein enger Zusammenhang zwischen Beweislast und Rechtsanwendung, auf den bei der Frage der Beweislastverteilung noch näher einzugehen ist. Immer dann, wenn Rechtspflege (Rechtsanwendung) betrieben wird, kann es so liegen, daß ein rechtserheblicher Tatumstand nicht festgestellt werden kann. In all diesen Fällen fragt sich, ob der umstrittene Rechtssatz, hinsichtlich dessen das Vorliegen eines Tatumstandes zweifelhaft ist, angewendet werden kann. Wegen der Gleichheit dieser grundlegenden Frage ist es berechtigt, auch in einem Verfahren, das nicht der Rechtsprechung im materiellen Sinne 2) dient, von einer Beweislast zu sprechen.

So wird auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem die meisten Angelegenheiten wegen des Fehlens zweier streitender

1) PETERS, Lehrbuch S.200, der wegen des Untersuchungsgrundsatzes das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsprozeß verneint, muß folgerichtig aus dem gleichen Grund auch das Vorhandensein einer Beweislast im Verwaltungsverfahren verneinen; dagegen zu Recht KRÜGER, Gesetzgebungstechnik S.554/555, der darauf hinweist, daß auch im Verwaltungsverfahren die Frage beantwortet werden muß, wem es zuzurechnen ist, wenn die Beweisaufnahme ein non liquet ergeben habe.

2) Zum Begriff: WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I b 3: "materielle Staatstätigkeit.. die (idR auf Anrufung) in einem rechtlich geregelten Verfahren ergehende verbindliche Entscheidung von rechtlichen Streitigkeiten und Strafsachen in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Subjekt."

Parteien nicht zur Rechtsprechung im materiellen Sinne gehören, die vielmehr Verwaltung im materiellen Sinne sind ¹⁾, zu Recht von dem Vorhandensein einer objektiven Beweislast ausgegangen ²⁾.

Deshalb ist es gerechtfertigt, auch im Verwaltungsverfahren von einer objektiven Beweislast zu sprechen, wie das im Bereich des oöAVG seit langem der Fall ist ³⁾ ⁴⁾.

Lediglich im Steuerverfahren ist wegen der Möglichkeit der Schätzung nach § 217 AO das Vorhandensein einer objektiven Beweislast zu verneinen ⁵⁾.

§ 34: Die Verteilung der objektiven Beweislast

Der Zusammenhang der Beweislastverteilung mit der Lehre von der Rechtsanwendung zeigt sich auch im Verwaltungsverfahren. Der allgemeine Grundsatz, daß ein Rechtssatz nur dann angewendet werden kann, wenn die rechtssatzmäßigen Voraussetzungen zweifelsfrei feststehen, gilt auch im Verwaltungsverfahren. Behält man dies im Auge, so ergibt sich das Prinzip der Beweislastverteilung im Verwaltungsverfahren auf Grund derselben Überlegung wie für den Verwaltungsprozeß.

Ein Rechtssatz darf demnach nicht nur nicht angewendet werden, wenn seine tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, sondern bereits nicht in Fällen, in denen das Vorhandensein der rechtssatzmäßigen tatsächlichen Voraussetzungen zweifelhaft bleibt.

1) Z.B. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I b 4.

2) So vor allem ROSENBERG, Beweislast S.41, neuestens KEIDEL, FGG Anm.12 zu § 12, BayObLGE 1956, 377/380, BayObLGE 1957, 268 zitiert bei KEIDEL aaO.

3) So schon FEEDER, Beweislast S.297 ff.(333), KRÜGER, Gesetzgebungstechnik S.554/555, DAHLINGER, Schlußwort S.620; DAHLINGER spricht von "materieller Beweislast" im Verwaltungsverfahren und will damit offenbar die objektive Beweislast bezeichnen.

4) Für das österreichische Recht bereits HERRNRITT, Das Verwaltungsverfahren Wien 1932 S.93 f.

5) Im Ergebnis ebenso: BFG v.17.1.1956 = NJW 1956 S.487; A.A. HARTUNG, Beweislast S.1901; HARTUNG hält allerdings eine Schätzung nur dann für zulässig, wenn der Steuerpflichtige nicht voll seiner Aufklärungspflicht genügt habe. Bleibe dagegen der Sachverhalt ohne Verstoß des Steuerpflichtigen gegen gesetzliche Pflichten unaufklärbar, so müsse zugunsten des Steuerpflichtigen entschieden werden, eine Schätzung sei in diesen Fällen unzulässig (S.1901 Note 4).

Die Nichtanwendung eines bestimmten Rechtssatzes in den letztgenannten Fällen muß notwendigerweise einem der Beteiligten zum Nachteil gereichen. Dabei handelt es sich naturgemäß nicht, wie im Prozeß, um einen prozessualen Nachteil.

Wird z.B. bei der Bescheidung eines Antrages auf Grund der Nichtaufklärbarkeit eines rechtserheblichen Tatumstandes eines den Antrag rechtfertigenden Rechtssatzes der Antrag ganz oder z. T. zurückgewiesen, so trifft die Beweislast den Antragsteller 1). Ein Subjekt hoheitlicher Gewalt muß andererseits einen Eingriff in Freiheiten und Rechte unterlassen, wenn sich die Voraussetzungen eines zum Eingriff berechtigenden Rechtssatzes nicht zweifelsfrei erweisen lassen 2).

Wegen des Zusammenhanges mit der Rechtsanwendung entspricht die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß der des Verwaltungsverfahrens 3). Kommt also das Verwgericht in der Frage der Beurteilung des Sachverhaltes zu demselben Ergebnis wie ein bereits vorher mit der Sache befaßtes Subjekt hoheitlicher Gewalt, so ist, wenn es sich um Beweislastfragen handelt, die Beweislast im Prozeß vor dem Verwaltungsgericht in gleicher Weise zu verteilen wie im vorhergegangenen Verwaltungsverfahren 4).

Das Prinzip der Beweislastverteilung lautet daher im Verwaltungsverfahren:

Jeder Beteiligte trägt die objektive Beweislast für das Vorhandensein aller (auch negativer) Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, auf den er sich beruft.

Bringt man das Prinzip der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß mit demjenigen des Verwaltungsverfahrens in Verbindung, so lautet die Grundregel:

Jeder Beteiligte trägt die objektive Beweislast für das Vorhandensein aller (auch negativer) Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes, auf den er sich bei einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens berufen würde.

Zur Erleichterung der Prüfung der Beweislastverteilung im einzelnen Fall empfiehlt es sich, wie im Verwaltungsprozeß, von der Einteilung der

1) So FEEDER, Beweislast S. 333; DAHLINGER, Schlußwort S. 620.

2) So DAHLINGER, Schlußwort S. 620.

3) FEEDER, Beweislast S. 333; "die materiellen Folgen der Beweislosigkeit machen sich hier ebenso fühlbar wie in einem Streitverfahren".

4) Deshalb gelten Beweislastregeln in gleicher Weise für das Verwaltungsverfahren und den Verwprozeß;

vgl. dazu auch S. 54.

Rechtssätze in berechtigende und solche mit Gegenwirkung (rechtsfolgehindernde usf.) auszugehen.

Auch im Verwaltungsverfahren sind etwaige Vermutungen zu beachten, deren Anwendung ebensowenig wie im Verwaltungsprozeß durch die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ausgeschlossen ist 1).

§ 35: Verwaltungsverfahren und Beweisführungslast

Wegen des Fehlens zweier streitender Parteien 2) kann im Verwaltungsverfahren, wenn überhaupt, nur von einer Beweisführungslast desjenigen Beteiligten gesprochen werden, der nicht mit dem den Sachverhalt von Amts wegen aufklärenden Subjekt hoheitlicher Gewalt identisch ist.

Von einer Beweisführungslast soll - ähnlich der Begriffsbestimmung im Zivilprozeß 3) - nur dann gesprochen werden, wenn bereits das Unterlassen der Führung des Beweises die rechtliche Folge hat, daß das zuständige Verwaltungsorgan von dem Nichtvorhandensein eines zu beweisenden Tatumstandes ausgehen kann. Damit scheiden die Fälle aus, in denen das Unterlassen der Beweisführung durch eine beteiligte Zivilperson dazu führt, daß auch die amtswegige Prüfung kein sichere Ergebnis zeitigt, so daß die Folgen der unterlassenen Beweisführung praktisch die beteiligte Zivilperson trifft, in deren Interesse die Feststellung eines bestimmten Tatumstandes liegt. Diese Begriffsbestimmung hat die weitere Folge, daß eine subjektive Beweislast im Verwaltungsverfahren ebenso wie im Verwaltungsprozeß ausgeschlossen ist, soweit die Pflicht zur amtswegigen Aufklärung des Sachverhaltes reicht.

Das bedeutet, daß eine im Verwaltungsverfahren von einem Beteiligten vorgebrachte Behauptung grundsätzlich nicht schon deshalb unberücksichtigt bleiben darf, weil der Beweis der streitigen Tatsache nicht durch eigene Tätigkeit der beteiligten Zivilperson geführt wurde 4).

1) ROSENBERG, Beweislast S. 242 weist darauf hin, daß im Verwaltungsverfahren auch Vermutungen des Privatrechts zu beachten sind.

2) Auch im Beschwerdeverfahren wird nicht mit der erstentscheidenden Behörde vor der Beschwerdebehörde als einem unbeteiligten Dritten gestritten; ebenso fehlt im Beschlußverfahren das Gegeneinander streitender Parteien deshalb, weil nicht versucht wird, gegen ein bestimmtes anderes Subjekt ein behauptetes Recht streitweise durchzusetzen, vgl.

WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I c 2, 3.

3) Vgl. S. 4.

4) Über die nicht notwendig erforderliche, sondern lediglich erwünschte Begründung der Beschwerde im Verwaltungsverfahren vgl. BVwG v. 20. 8. 1959 = MDR 1959 S. 1033 f.

Praktische Folgen des durch den Umfang des Untersuchungsgrundsatzes begrenzten Ausschlusses einer Beweisführungslast im Verwaltungsverfahren sind demnach:

1. Eine Beweisfähigkeit im Sinne des Zivilprozesses ist dem Verwaltungsverfahren unbekannt.
2. Das den Sachverhalt aufklärende Verwaltungsorgan kann einer beteiligten Zivilperson ohne diesbezügliche Regelung keine Ausschußfrist zur Beweisführung setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf von dem Nichtvorhandensein eines behaupteten Tatumstandes ausgegangen werden könnte ¹⁾.

Von der Beweisführungspflicht zu unterscheiden ist die Pflicht der Beteiligten, an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht, die beispielsweise im § 10 berlVwVerfG statuiert wird²⁾, unterscheidet sich von der Beweisführungslast dadurch, daß nicht schon wegen der unterlassenen Mitwirkungspflicht von dem Nichtvorhandensein eines Tatumstandes ausgegangen werden kann. Denn diese Mitwirkungspflicht besteht neben der Pflicht des zuständigen Verwaltungsorgans, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen ³⁾.

So wird auch im Verwaltungsprozeß von einer Mitwirkungspflicht der Beteiligten gesprochen ⁴⁾, ohne daß davon der grundsätzliche Ausschluß einer subjektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß berührt würde ⁵⁾.

-
- 1) Zu der Parallele im Verwaltungsprozeß vgl. S. 10; eine gesetzliche Ermächtigung zur Setzung einer Ausschußfrist enthält z.B. § 7 II lit a PaßG.
 - 2) § 10 berlVwVerfG lautet: "Die Behörde erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Die Beteiligten sind verpflichtet, an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken, sie haben insbesondere die ihnen bekannten Tatsachen und Beweismittel anzugeben".
 - 3) Über das Verhältnis zwischen § 174 AVAVG (Glaubhaftmachung der Anspruchsvoraussetzungen auf Gewährung von Arbeitslosengeld) und § 176 AVAVG (Ermittlung von Amts wegen) vgl. BSozG v. 22. 3. 1956 = NJW 1957 S. 439/440.
 - 4) Z.B. BVwG v. 8. 7. 1959 = NJW 1959 S. 2134 (Leitsatz).
 - 5) Vgl. S. 8 Note 2.

2. Abschnitt : Beweislastverteilung und materielle Rechtslage

Die Beweislastverteilung ist nicht nur dem materiellen Recht zu entnehmen ¹⁾, sie ist auch eine Folge der materiellen Rechtsgestaltung ²⁾.

Für den Bereich des Verwaltungsrechts hat, soweit ersichtlich, erstmals Dahlinger ³⁾ ausdrücklich auf den Zusammenhang zwischen Beweislastverteilung und materieller Rechtslage hingewiesen. Dahlinger betont, daß eine Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt, der eine besondere Inanspruchnahme einer Zivilperson beinhalte, im Falle der Nichterweislichkeit eines Tatumstandes, der gesetzliche Voraussetzung für das Eingreifen der Behörde sei, nicht erlassen dürfe, andernfalls der Verwaltungsakt fehlerhaft sei. Umgekehrt sei ein Verwaltungsakt rechtmäßig, der eine von der Verwaltung begehrte Leistung wegen der Nichterweislichkeit eines anspruchsbegründenden Tatumstandes verweigere.

Auch in der Rechtsprechung finden sich gelegentlich Hinweise auf diesen Zusammenhang. So führt das prOVG in seiner Entscheidung v.

4. 5. 1906 ⁴⁾ aus:

"Zur Auflösung der Versammlung wegen Unterlassung der Anmeldung darf der Beamte nach § 5 Vereinsgesetz nur schreiten, wenn feststeht, daß in der Versammlung öffentliche Angelegenheiten erörtert oder beraten werden sollen, nicht schon bei dem bloßen Verdachte, daß dies geschehen möchte. Somit war die angefochtene Auflösung nicht gerechtfertigt."

Nach einem erfolgten Eingriff ist die Behörde "im Streitverfahren genötigt, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes durch Erweisbarmachung des zugrundeliegenden Sachverhaltes zu verteidigen" ⁵⁾, nur die "bewiesene Fehlerhaftigkeit" eines begünstigenden Verwaltungsaktes kann den Widerruf "rechtfertigen" ⁶⁾ und die Versagung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 1 I NotaufnahmG i. V. m. Art. 11 Abs. 1 GG ist "nur dann rechtmäßig", wenn die Versagungsgründe "nachgewiesen" sind ⁷⁾.

1) Vgl. S. 29.

2) ROSENBERG, Beweislast S. 135, der jedoch darauf hinweist, "daß diese Auffassung der üblichen und namentlich in den Lehrbüchern allgemein gebräuchlichen Darstellung durchaus zuwiderläuft."

3) Schlußwort S. 620.

4) Bd. 49 S. 419 ff. (425).

5) OVG Lüneburg v. 8. 5. 1956 = VRspr. Bd. 9 S. 185 ff. (189).

6) BayVGh v. 18. 12. 1956 = VRspr. Bd. 9 S. 53.

7) BVwG v. 3. 4. 1957 = NJW 1957 1489/90 = DVBl. 1957 S. 865 = BVwGE Bd. 5 S. 31, vgl. auch S. 40.

Die Richtigkeit der vorstehend wiedergegebenen Auffassung ergibt sich aus folgender Überlegung: Der Rechtsanwender in der Verwaltung darf einen Rechtssatz lediglich dann anwenden, wenn der Tatumstand, der ein gesetzliches Tatbestandsmoment ausfüllen soll, feststeht. Bei Zweifelhaf- tigkeit eines rechtserheblichen Tatumstandes dürfen Subjekte öffentlicher Verwaltung demnach nicht die Maßnahmen treffen, zu denen sie beim Vorliegen des zweifelhaft gebliebenen Tatumstandes berechtigt wären. Eine Begünstigung muß daher verwehrt werden, wenn eine Voraussetzung eines zur Erlangung der Begünstigung berechtigenden Rechtssatzes im tat- sächlichen zweifelhaft bleibt, während ein Eingriff nicht erfolgen darf, wenn eine Voraussetzung eines zum Eingriff berechtigenden Rechtssatzes nicht zweifelsfrei feststeht. Dagegen kann oder muß eine Begünstigung gewährt werden, wenn die Voraussetzungen zur Gewährung feststehen und lediglich die Voraussetzungen eines ausnahmsweise gegebenen Versagungs- grundes zweifelhaft geblieben sind, während ein Eingriff erfolgen kann oder sogar muß, wenn lediglich die Voraussetzungen eines Rechtssatzes zweifelhaft geblieben sind, der gegenüber dem zum Eingriff berechtigenden Rechtssatz eine Gegenwirkung entfaltet.

Ist beispielsweise das Vorliegen der Voraussetzungen einer polizeili- chen oder ordnungsbehördlichen Gefahr zweifelhaft, so sind allenfalls vor- läufige, der Aufklärung des Sachverhaltes dienende Maßnahmen zulässig. Die Ordnungs- oder Polizeibehörde darf also, will sie rechtmäßig handeln, nicht diejenigen Maßnahmen treffen, zu denen sie beim zweifelsfreien Vorhandensein einer Gefahr berechtigt sein würde ¹⁾. Dem entspricht die Beweislastverteilung im Prozeß. Das sich auf das Vorliegen oder den Um- fang der Gefahr berufende Subjekt hoheitlicher Gewalt ist insoweit beweis- belastet ²⁾.

Damit beantwortet die Lehre von der Rechtsanwendung nicht nur die Frage nach der Beweislastverteilung, sondern stellt auch den Zusammen- hang zwischen Beweislastverteilung und der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Durchsetzung objektiven Rechts durch Subjekte öffentlicher Verwaltung her, soweit es sich um Unklarheiten im tatsächlichen Bereich handelt.

1) ProVG Bd. 77 S. 333, DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 44, 113.

2) Vgl. Seite 70 Note 4.

Lebenslauf

Am 11. Mai 1934 wurde ich als Sohn der Eheleute Konrad und Angela Deppe in Paderborn geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nachdem ich am 3. März 1954 am Städtischen Neusprachlichen Gymnasium zu Paderborn das Abitur bestanden hatte, begann ich im Sommersemester 1954 mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. Nach drei Fachsemestern in Münster studierte ich im Rahmen des Studentenaustausches Berlin - Bundesrepublik Deutschland zwei Semester an der Freien Universität in Berlin und schloß mein Studium nach weiteren zwei Semestern in Münster am 3. Januar 1958 mit der ersten juristischen Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Hamm ab.

Zur Zeit befinde ich mich zur Ausbildung beim Oberlandesgericht in Hamm.

